

الكتب القانونية

# المدخل إلى القانون

القانون بوجه عام

النظرية العامة للقاعدة القانونية

النظرية العامة للحق

الدكتور حسن كبره

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة الإسكندرية  
عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الإسكندرية سابقاً

الناشر: مؤسسة دار الفكر

بجدة - مصر

## ۲.۲.۲ اهداف

عمره ١٨ / مقيم في  
الإسكندرية

الإحصاءية







# المدخل إلى القانون

القانون بوجه عام  
النظرية العامة للقاعدة القانونية  
النظرية العامة للحق

الدكتور حسن كبره  
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة  
عميد كلية الحقوق وقائم رئيس جامعة القاهرة سابقاً

الطبعة السادسة

١٩٩٣

الناشر: دار الفكر العربي  
ملازم مصر



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

، إِنَّ اللَّهَ بِأَمْرٍ بِالْعَدْلِ... ،

،... وَإِذَا حَكَّمْتُ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ يَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ... ،

،... فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى...

صدق الله العظيم



## المراجع

نُجيت فيما يلي أهم المراجع العامة لهذا الكتاب . أمث المراجع الخاصة ،  
فنسوف نثبثها في موضعها الطبيعي بالنسبة الى كل موضوع من موضوعات  
الكتاب على حدة .

### ١ - المراجع العربية

- أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٣ .
- أحمد صفوت - مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .
- اسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة لنحق ، ١٩٥٥ .
- برهام محمد عطا الله - مقدمة علم قواعد المعاملات - النظرية المسماة بنظرية الحق ، ١٩٦٧ .
- أساسيات القانون الوضعي ، مدخل الى الدراسات القانونية ، ١٩٦٨ .
- توفيق فرج - مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٠ .
- جميل الشرقاوى - دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .
- دروس في أصول القانون : ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ .
- حسن كبره - أصول القانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ - ١٩٦٠ .
- الموجز في المدخل للقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٣ .
- المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، ١٩٦٧ .
- مبادئ القانون وبخاصة القانون اللبناني ، ١٩٦٨ .

- سليمان مرسى - المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .
- شميص سحانه - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ .
- شمس الدين الوكيل - محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .
- - النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ .
- محمد علي حجازي - مذكرات في نظرية الحق ، ١٩٥١ .
- - المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١ ، ١٩٦٦ .
- عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت - أصول القسانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ .
- عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القسانون ، ١٩٥٤ - الطبعة الخامسة ، ١٩٦٦ .
- - نظرية الحق ، ١٩٥٧ .
- عبد انعم البدرأوى - المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .
- - النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٠ .
- - المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ .
- عبد انعم فرج الصدة - نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، ١٩٥٠ .
- - أصول القانون ، ١٩٦٦ .
- عدنان القوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الاول ، ١٩٦٠ .
- محمد سامي مذكور - نظرية الحق ، ١٩٥٤ .
- محمد علي امام - محاضرات في نظرية القانون ، ١٩٥٤ .
- محمد علي عرفة - مبادئ العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .
- محمد كامل مرسى - شرح القانون المدني الجديد ، انبأب النمهدي ، ١٩٥٤ .
- محمد كامل مرسى وسيد مصطفى - أصول القوانين ، ١٩٢٣ .
- محمود جمال الدين زكى - دروس في نظرية القاءة القانونية ، ١٩٥٥ .
- منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ .
- هشام القاسم - المدخل الى علم الحقوق ، ١٩٦٥ .

٧ - تراجم الفرنسية

- Bredant (Ch.), *Le droit individuel et l'Etat*, 3e éd., 1920.
- Boistel, *Cours de philosophie du droit*, 2 vol. 1899.
- Capitant, (Henri), *Introduction à l'étude du droit civil*, 4ème  
Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, 1930.  
éd., 1921.
- Capitant, (H.), Colin et de La Morandière, *Cours élémentaire  
de droit civil français*, t. I, 11ème éd., 1947.
- Capitant (René), *L'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928.
- Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929.
- *Le droit subjectif*, 1952.
- *Théorie générale du droit*, 2ème éd., 1953.
- Darbellay, *La règle juridique*, 1945.
- Del Vecchio, *Philosophie du droit*, trad. française, 1953.
- Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1909.
- Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I. 3ème éd., 1927.
- *Leçons de droit public général*, 1926.
- Emmanuel, *L'idée de droit*, 1937.
- Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, 1937.
- Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*,  
2 vol., 1932.
- *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol.,  
1914 - 1924.
- De la Gressaye et Laborde-Lacoste, *Introduction générale à  
l'étude du droit*, 1947.
- Haesaert, *Théorie générale du droit*, 1948.

- Levy - Ulmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, t. I, définition du droit, 1917.
- Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I, 1956.
- May, *Introduction à la science du droit*, 1932.
- Mazeaud, (H.L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. I, 1956.
- Pasquier, *Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit*, 3ème éd., 1948.
- Picard (Edmond), *Le droit pur*, 1908.
- Réglade, *Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique*, 1959.
- Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e. éd. 1949.
- *Le déclin du droit*, 1949.
- *Les forces créatrices du droit*, 1955.
- Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. I, 1956.
- Roguin, *La science juridique pure*, 3 vol., 1923.
- Roubier, *Théorie générale du droit*, 1946.
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963.

٣ - المراجع الانجليزية

- Allen, *Law in the making*, 1946.
- Cairs, *Legal philosophy from PLATO to HEGEL*, 1949.
- Friedman, *Legal theory*.
- Gray, *The nature and sources of the Law*, 1948.
- Vinogradoff, *Common-sense in Law*, 1943.



## مقدمة

### ١ - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الأصل ان اصطلاح « القانون » يطلق لفة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحصل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول في شئون كثيرة مختلفة . فيقال مثلا « قانون الكون » ، ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار في الأرض . ويقال « قانون الجاذبية الأرضية » ، ويراد به القاعدة المستقرة التي تقضى بأنجذاب الاجسام وسقوطها باطراد الى الأرض كلها ألقيت في الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القاعدة المستقرة في الاقتصاد من تأثير الاسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب في السلع والخدمات .

غير أن اللغة القانونية استحوذت على هذا الاصطلاح ورصدته أساسا للدلالة بوجه عام على مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » في هذا المدلول العام كل ما قد يوجد في الجماعة من قواعد تحكم سلوك الأفراد حكما ملزما بقصد إقامة نظام هذه الجماعة . واصطلاح القانون بهذا المدلول هو الذي يصنينا أصلا في هذا الكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداهة التمييز بين هذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، إذ كثيرا ما يطلق اصطلاح « القانون » على قواعد قانونية معينة هي التي تصدر عن السلطة التشريعية العادية . فيراد حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقال قانون الشهر العقاري

وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التي تحكم هذه المسائل .

ولكن التشريع - كما سيرد البيان - ليس هو المصدر الوحيد الذي يعطي للقواعد القانونية قوتها الملزمة في العمل ، أي ليس هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون بمعنى العام الواسع ، حتى تصدق التسوية بينهما في الاصطلاح . ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هي التي برزت الترخيص في إطلاق اصطلاح « القانون » على التشريع ، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع .

وإذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع لتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون » (١) ، وكان المدلول المقصود أصلاً والذي سوف نعينه في هذا الكتاب بإطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذي ينصرف إلى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلاً في المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعي » *Le droit positif* وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعي المصري أو الفرنسي الحالي » مثلاً ، للدلالة على انفسانون السائد في مصر أو فرنسا في الآونة الحاضرة .

فالمقصود بصفة الوضعية التي تلحق قانون جماعة معينة في وقت معين ، هو توافر الصفة الإيجابية لقواعده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها في التطبيق من اجبار مادي معين تملكه سلطة عامة في الجماعة (٢) .

---

(١) يراه أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، إذ تفر عن المدلول العام الواسع باصطلاح *Le Droit* ، وعن المدلول الخاص الضيق باصطلاح *La Loi* .

(٢) لعل اللفظ الفرنسي في هذا الصدد أتى في التعبير عن اللفظ العربي ، إذ لفظ *(positif)* يعني فعال أو إيجابي يتقابلة لفظ *(négatif)* أي سلبى . أما اللفظ العربي « وضعي » =

## ٢ - تفرع الحقوق عن القانون

إذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد في المجتمع حكما ملزما ، فإنه يعمل - أمام تشابك مصالح الأفراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات - على تغليب بعض هذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المقلية في مركز ممتاز بالنسبة إلى غيرهم من الأفراد ، بحيث يثبت لهم حقوقا تخولهم الاستئثار بسلطات معينة تلتزم الكافة باحترامها .

فقد يخول لفرد من الأفراد الاستئثار بالتسلط على شيء من الأشياء باعطائه حق الملكية عليه ، فيضعه بذلك في مركز ممتاز على غيره من الأفراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشيء ، والتزام الكافة باحترام حقه في هذا التسلط .

وقد يخول القانون لفرد من الأفراد سلطة اقتضاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله في مركز ممتاز سواء بالنسبة إلى الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهذا الالتزام ، أو بالنسبة إلى الكافة جميعا لانفراد دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة .

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون . وتلك ظاهرة يمتاز بها القانون على الأخلاق كما سنرى ، إذ هو لا يقنع كالأخلاق بمجرد فرض التكاليف والإيجابيات على الأفراد ، بل يجاوز ذلك إلى تقرير الحقوق لهم وهو ما لا تفعله الأخلاق . وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى في النظام القانوني .

---

فقد يدعى إلى الظن بأن القانون الوضعي يقصد به القانون الذى يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو ما يشيع فهمه في اللغة الجارية التي تجعل القانون الوضعي بهذا المعنى مقابلا للقانون السماوى الذى يضعه الله . ومثل هذا الظن غير صحيح في الاصطلاح القانوني . فالمقصود بالقانون الوضعي كما سبق البيان ، القانون السائد والمطبق فعلا ، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده . فيعتبر قانونا وضعيا في جماعته معينة كل ما يطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا . وعقبا هو ما عليه الصالح في عصر ، حيث يثير الدين - وهو مصدر سماوى - المصدر الرسمى لبعض القواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية ، وبذلك تعتبر هذه القواعد الدينية السماوية جزءا من القانون الوضعي المصرى المطبق .

### ٣ - خطة الكتاب

نستهدف في هذا الكتاب الوقوف على الأصول الكلية التي تحكم القانون ، وهو ما يقتضى دراسة القاعدة القانونية في ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق • ولكن قد ينبغى التمهيد لذلك بكلمة عامة فى القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه •

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالى :

باب تمهيدى - فى القانون بوجه عام •

القسم الأول - فى النظرية العامة للقاعدة القانونية •

القسم الثانى - فى النظرية العامة للحق •

باب تمهیدی  
فی القانون بر وجه عام



#### ٤ - عرض وتقسيم

ينبغي في صدد التمهيد لدراسة القوانين الوقوف أولا على خصائصه الجوهرية التي تميزه عما قد يختلف به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

وإذا كان من أهم هذه الخصائص كون القانون قواعد ملزمة ، إلا أن ذلك لا ينيى انعدام سلطان الإرادة الأفراد في مخالفة أى منها ، فالإرادة تملك مثل هذه المخالفة في صدد طائفة معينة من القواعد القانونية هي طائفة القواعد الملزمة ، دون أن يطمئن ذلك فيما لهذه القواعد من قوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

وإذا كان القانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الأشخاص ، فإن ذلك قد أتاح تقسيمه - بحسب هذا الاختلاف - إلى قسمين كبيرين : القانون العام والقانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادئ مختلفة . ويضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك تقسم هذا الباب التمهيدى إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - في خصائص القانون .

الفصل الثانى - في مدى سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون .

الفصل الثالث - في أقسام القانون وفروعه .

## الفصل الأول

### خصائص القانون

#### • - الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التي لم تعد اليوم محل جدل أو خلاف أن الإنسان كائن اجتماعي بطورته وطبيعته لا يستطيع أن يمتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه أعجز بمفرده عن الكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الأصح بالاشتراك مع غيره ، ولذلك يعيش دائما في مجتمع من الناس . غير أن المجتمع لا يستقيم أمره الا اذا استوى على سنن بيئة ينزل الناس جميعا عند حكمها - ذلك أن وجود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات عديدة بين أفرادها ، علاقات عائلية أو اقتصادية أو سياسية ، وهي علاقات لا يمكن أن تترك فوقى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيتته ، والا حقت قولة الفيلسوف الفرنسي « بسويه » Bossuet : « حيث يملك الكل فعل ما يشاؤون ، لا يملك أحد فعل ما يشاء ، وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد فالكل عبيد(١) » .

وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وإن كانت فهي لا تقوم ، اذ ينتهى الأمر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى فى الضعفاء بما تشاء ... ومن هنا كان لا بد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الأفراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ،

(١) Bossuet, cité par Chevalier, Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1940, p. 74.



أول من قواعد موضوعية ابتداء يستهدى بها الأفراد في تصرف سلوكهم ويلتزمون لو يلزمون باحترامها <sup>بأنهم لا يملكون</sup> بهدف الوصول الى إقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة <sup>والتوازن بين الحقوق</sup> المختلفة والحد من الحرية محقة بذلك النظام والاستقرار والعدل في المعاملات .

#### ٦ - تعريف القانون واستخلاص خصائصه

تلك هي فكرة القانون في نياتها وإسقاطها : إنسان لا يعيش الا في مجتمع ، ومجتمع لا يقوم الا على نظام ، ونظام لا يستوى الا على قواعد أمره ملزمة بحمل الأفراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار .

فهناك تلازم اذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، اذ لا يوجد مجتمع دون قانون ويوجد القانون لإقامة نظام في المجتمع . وهناك تلازم بين القانون والمجزء من ناحية أخرى ، فلا يكفل احترام القانون الا بأخذ الأفراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لا يتاح بشكله المادي المنظم الا لسلطة عليا في الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتباسها بين يديها .

فالقانون اذن هو مجموع القواعد التي تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه ، والتي تناط كفاءة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والالزام (١) .

ومن هذا التعريف بالقانون ، يمكن أن نستخلص أربع خصائص جوهرية له : فهو يتضمن أولا قواعد سلوك . وهذه القواعد - ككل القواعد - تتوافر لها صفة العموم والتجريد . وهو يفترض كذلك وجود مجتمع ياتمر أفراده بهذه القواعد ، فقواعده اذن اجتماعية . وهو يتضمن أخيرا جزءا ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد مما يجعلها قواعد ملزمة . فنفرض لكل من هذه الخصائص في صحت على حدة .

(١) انظر مع ذلك في مختلف تعريفات القانون ومناقشتها : Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, T. I, La définition du droit, 1917. — Bonnet, *Introduction à l'étude du droit*, 1920, Nos. 1 — 2. — Hauriol, *Théorie générale du droit*, pp. 72 - 110.

بحث في  
القانون الطبيعي وقواعد سلوك  
Règles de conduite

٧ - القواعد التقريرية والقواعد التقوية

قلنا ان اصطلاح « القانون » اذا اطلق في اللغة التجارية أريد به التمتع  
عن قاعدة مطردة يعمل اطرافها معنى الاستقرار والاستقرار والنظام . ومن  
هنا يقال مثلا ، كما رأينا ، قانون الكون ، أو يقال قانون الجاذبية الأرضية ،  
أو يقال ان الماء يخضع لقانون الطين بمعنى أن تسخينه الى درجة المائة يؤدي  
دائما وحتما الى غليانه . والقانون بهذا المعنى انما يضع قاعدة تقريرية ، أي  
قاعدة مقررة للواقع كما هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر  
حتما اذا توافرت أسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أى استثناء على  
ذلك . اذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطئ . لم يبصر بالواقع كله  
بصرا صحيحا شاملا (١) ، ذلك أنه لا يضع قاعدة لا ينبغي أن يكون بل لا هو  
كائن فعلا ، ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له .

بينما القانون بالمعنى الذى تقصده من دراستنا انما يضع قواعد سلوك  
أى قواعد تقوية لا تقريرية ، لأنه يضع قواعد بما ينبغي أن يكون عليه  
سلوك الأفراد فى المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يصوغ  
هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها ، ثم يتجه بها الى الأفراد فى صورة  
أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا - أى  
سلوك الأفراد - هو الذى يخضع للقانون فيصل على مسابقة قواعده ، وليس  
القانون هو الذى يخضع للواقع فيسايره بل بتشكيل نفسه حسب ما عليه  
سلوك الأفراد فعلا .

ولذلك قلنا ان القانون - على خلاف الظواهر الطبيعية - انما يضع

قواعد قهرية لا تقريرية ، لأنه لا يقر مثلها الواقع كما هو . بل يقوم بتقديره . وتقريبه وفق المثل التي يستهدفها بما يعنى الواجب في شأنه (١) .

### ٨ - القانون يفرض السلوك الواجب كامر أو تكليف

رأينا أن القانون - على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية - إنما يضع قواعد تقريرية أي قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد . ولكنه لا يتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وإنما يفرضها فرضا على سبيل الأمر أو التكليف .

وفرض السلوك الواجب كامر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لا يتصور وجوده دونها . لأن القانون إنما يستهدف إقامة النظام في المجتمع ، وهو ما يتهدده حتما حمل السلوك الواجب محمل النصح ، إذ يكون للأفراد حينئذ حرية مخالفته . من أجل ذلك ، كان القانون دائما قائما بعرض ما يراه من سلوك واجب فرضا يحمل معنى الزام الأفراد بالخضوع له . وهو في ذلك يختلف عن الأخلاق التي قد تقوم في بعض الأحوال - إلى جنب ما تفرضه من أوامر وتكاليف - ببيان بعض ما تراه واجبا من سلوك ولكن على سبيل الندب والترغيب للوصول إلى سمو نفسى أكمل (٢) .

وإذا كان القانون في جوهره يتضمن تكليفا بالسلوك الواجب ، فإن وجود مثل هذا التكليف يكون صريحا واضحا حيث ترد القاعدة القانونية في صورة الأمر أو النهي . غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير الشك في أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتما في كل قاعدة قانونية .

فقد يخفى التكليف لأول وهلة في بعض القواعد القانونية المعروفة باسمه ، القواعد المقررة *Règles dispositives* وهي القواعد التي لا تأمر بشيء أو تنهى عن شيء وإنما تقتصر على بيان حكم من الأحكام كالقاعدة التي

(١) انظر في التفرقة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :  
René Capitant, *L'Illicite*, thèse, Paris, 1923, pp. 1 - 5 et 2. - Dabin, *Théorie générale du droit*, 1968, No. 48.

Dabin, *op. cit.*, No. 47. (٢)

تقرر أن الحيازة في المنقول سند الحائز ، أو القاعدة التي تحدّد الموطن بمحل إقامة الشخص المعتادة أو بالمركز الرئيسى لأعماله ، أو تلك التي تثبت اختصاصا معيناً لجهة أو هيئة معينة .

غير أن هذه القواعد ، وإن كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمراً أو تكليفاً إلى الكافة أو إلى شخص أو هيئة معينة . باحترام أحكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات أو روابط قانونية . فالقاعدة التي تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، تتضمن أمراً إلى الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التي تقرر أن موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة تتضمن أمراً إلى الكافة بتوجيه الأوراق القضائية مثلاً إليه فى هذا المحل . والقاعدة التي تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفاً إلى هذه الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمراً إلى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من أوامر أو قرارات .

وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المروفة باسم « القواعد المفسرة أو المكملّة » ( Règles interprétatives ou supplétives ) وهى التي تسمى فى حال عدم اتفاق الأفراد على خلافها . ولكنها تتضمن فى الأخرى تكليفاً كذلك ، وإن يكن هذا التكليف لا يتوجه إلا إلى طائفة من الأفراد هى تلك التي تنصرف إرادتهم عن مخالفتها (١) .

## الباب الثانى

### القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

### Règles générales et abstraites

#### ٩ - التكليف القانونى تكليف عام مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاماً للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفاً بأمر أو مسلك معين يتبقى اتباعه ، إنما يسبق فى وجوده

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك ما سيرد فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى ، وهو الخاص

بمبدأ سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون .

ما يواجه من فروض يخضعها لحكمه . ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر حصر كل ما قد يعرض في المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة أمره بشأن كل حالة على حدة. ينصرف التكليف فيها إلى شخص معين بذاته . فالنظام والاستقرار - وهو ما يستهدف القانون إقامته - يقضى بتحقيق المساواة بين الأفراد ، وهذه المساواة لا يتيسر إقامتها ابتداء إلا على أساس الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية ، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه إلى الأفراد بمعيار موضوعي لا شخصي ، أي يلجأ فيه إلى تجرييد تكون العبارة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات .

فالتكليف الذي يتضمنه القانون إذن لا يمكن أن يكون إلا تكليفا عاما مجردا يتوجه إلى كل من تتوافر فيه صفة بعينها لا إلى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يتميز به القانون من تواتر التطبيق وإطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة في فرد أيا كان أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت .

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون يصدقان في حق الأشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان في حق الوقائع أو الروابط التي ينصرف إلى تنظيمها هذا التكليف . وبعبارة أخرى فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد - وهما وجهان لخصيصة واحدة - بالنسبة إلى أشخاصها وإلى موضوعها على حد سواء .

والقانون باعتباره تكليفا عاما مجردا لا يستنفده - على خلاف التكليف الخاص كما سنرى - تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صسفة الدوام ، بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك إلى المستقبل ، فيتردد دائما بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسجم لعدد غير محدود أو محصور من الحالات .

فقانون كفانون الخدمة العسكرية ، يضع قاعدة قانونية لأن التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه إلى كل من تتوافر فيه في الحال أو المستقبل صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية ، بينما لا يعتبر القرار الصادر

بعدة شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لأنه انما يتوجه الى شخص معين بالذات .

والقاعدة التي تنص على ان الخطأ الذي ينتج عنه ضرر للغير يلزم صاحبه بالتعويض هي قاعدة قانونية لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ ، بينما الحكم القضائي الصادر بالزام طبيب معين بأدله مبلغ ألف جنيه مصرى على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيماً فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لا يعد هذا الحكم متضمناً لقاعدة قانونية ، لأنه انما يواجه حالة بخصوصها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فرداً معيناً بذاته . هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى .

والقرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة عامة معينة لا يضع قاعدة قانونية لأنه انما يخص شخصاً معيناً بالذات ، بينما يضع القانون المتعلق بشروط التوظيف قواعد قانونية لأنه عام لا يواجه ذوات معينة بل صفات مجردة .

وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة أنه يسرى فى حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطمح ذلك فيما له من صفة العموم والتجريد ، ما دامت هذه الطائفة متميزة بصفات من يدخل فيها من أشخاص لا بنواتهم . ففانون السلطة القضائية مثلاً يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهى على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى اوضحناه لأنها تخاطب كل من تتوافر فيه صفة معينة هي صفة ولاية القضاء .

فالبررة اذن ليست بهذا من تتوجه اليه القاعدة - قل او كثر - وانما بصفة من تتوجه اليه . فقد تتوجه القاعدة القانونية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة ، لأنها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التي لا تتوجه الى رئيس معين بذاته ، بل تتوجه الى كل من يشغل فى الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة .

وينبغي على ما تقدم أن التكليف الملم المجرى الذي يتضمنه القسيان  
يقترب عن التكليف الخاص الذي يتوجه إلى شخص معين بذاته أو يحكم بإبادة  
أو واقعة معينة بذاتها ، والذي يتلشى وينقض أثره بتطبيقه على هذا الشخص  
أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذي يتضمنه حكم قضائي  
أو أمر إداري أو عقد من العقود . فهذا التكليف الخاص لا يبدو أن يكون أمرا  
خاصا لا يرتفع إلى مرتبة القاعدة القانونية لأن صفة العموم والتجريد فيه  
مفقودة ، فهو يتوجه إلى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى في حقه وحده  
دون غيره من الناس ، أو يحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحدها  
دون غيرها من الوقائع .

ومن هنا ، فالقول بأن في هذا التكليف الخاص قاعدة قانونية فردية  
- كما يذهب إلى ذلك بعض فقهاء القانون العام بخاصة (١) - لا يمكن التسليم  
به . فالقاعدة بطبيعتها عامة ، وهذه القواعد الفردية المدعاة - فضلا عن  
ذلك - لا تبدو أن تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تصنف بصفة العموم  
والتجريد ، فلا حاجة - مع وجودها - إلى استباح صفة القاعدة القانونية على  
ما قد يكون لها من تطبيق فردي أو شخصي (٢) .

### البعث الثالث

#### القانون مجموعة قواعد اجتماعية

#### Règles sociales

#### ١٠ - بيئة القانون الاجتماعية (٣)

قلنا أن القانون يضع قواعد سلوك يأتمر بها الأفراد ، والأفراد - كما

(١) Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen  
du recours pour excès de pouvoir, 1928, p. 209. — Sené-Capitant, thèse  
présentée, pp. 98 - 99, 124 - 126.

(٢) انظر في مناقشة ودفع القول بوجود قواعد قانونية فردية :  
Dahès, op. cit., Nos. 55, 57. — Marty et Raymond, Droit civil, t. 1, 1936,  
N° 128.

وكتابنا « أصول القانون » ، ١٩٥٩/١٩٦٠ ، فقرة ٤٠ من ٢٩ ، ٣٠ .  
(٣) انظر في ذلك

رايتنا - لا يمكن أن يعيشوا الا في مجتمع ، فكان القانون اذن انما يفترض وجود بيئة اجتماعية .

والمقصود بالمجتمع او البيئة الاجتماعية هنا . ليس تجمع افراد من الناس - قلوا أو كثروا - في بقعة من الأرض معينة ، دون هدف واحد يربطهم ويجمع بينهم وانما هو شركة يجمع أعضاها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك . ولا مناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتوزع قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة . وهو ما يقتضى وجود سلطة تكون لها السيادة على أفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون . ولذلك فالقانون يوجد في مجتمع سياسى . منظم يخضع افراده لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر .

ولئن كانت الدولة هي الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لا يعنى أن الدولة هي الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون في مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها ، ما دامت ثمة سلطة تمتلك حق السيادة والإجبار فيه . ولذلك كان القانون أسبق في الوجود تاريخيا من الدولة ، ولم يصل الى بينتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تتدرج نحو هذا التنظيم . فقد بدأ المجتمع في نطاق محدود هو الأسرة البدائية أو القبيلة في القديم ، ثم تطور الى الاقطاعية في المصور الوسطى ، وانتهى في عصرنا هذا الى أن ينحصر في الوطن أو الدولة ، ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحلها ، إذ يبقى أن يكون العالم مجتمعا واحدا .

وإذا كان القانون ينشأ في بيئة اجتماعية . فانه لابد متأثر بها متطور معها في تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها .

---

= Régis, Valeur sociale et concepts juridiques, normes et technique, 1960, p. 49. — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio Philosophie du droit, 1963, pp. 346 - 377.



## ١١ - القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف إقامة نظام اجتماعي عن طريق حكم سلوك الأفراد في المجتمع ، يدخل في نطاق العلوم الاجتماعية . ومن هنا كانت صلاته بها واعتماده عليها في إقامة قواعده .

فهو يتصل بعلم السياسة حين يوضح قواعد النظام السياسي في المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها .

وهو يتصل بعلم الاجتماع ، إذ يعتمد عليه في تعرف الحقائق الاجتماعية كما هي حية في المجتمع ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الأولية التي يصوغ منها نسيجه .

وهو يتصل بالتاريخ ليقف على الأنظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العمل في التطبيق ، فيستهدي في وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية النافعة .

وهو يتصل بالاقتصاد السياسي حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة . والتأثر المتبادل بينهما وثيق كما سنرى ، حيث نجد في مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية في القانون مذهب « الاقتصاد الحر » ، وفي مقابلة فكرة العدل العام أو النزعة الاجتماعية في القانون مذهب « الاقتصاد المدار » ، وبذلك يتراوح الأمر في القانون وفي الاقتصاد السياسي بين مبدأ حرية الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة . وإذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فإن ذلك لا يعني أنه معكوم بالاقتصاد وحده . فسنرى أن الاقتصاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل في تكوين القانون (١) .

## ١٢ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

القانون باعتباره مقيما لنظام اجتماعي يتغلغل في الحياة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينسبط نطاقه على أكثر مظاهرها ومراحلها ، بل انه مائل

---

(١) انظر ما سجد به عند الكلام في المصدر الواضح في تكوين القاعدة القانونية .

حاضر في أكثر مظاهر النشاط اليومي بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كقراءة الجرائد والحاجات المنزلية وهو ما يكون ينيفاً ، وكر كروب الترام والاختلاف الى دور السينما وهو ما يكون ايجاراً .

غير ان القساوون وان كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة - وان تكن في الطليعة - بين القواعد التي تنظم الحياة في المجتمع ، مما يقتضى التمييز بينها بوضوح على النحو التالي :

### (١) القانون وقواعد العادات والمعاملات والتقاليد

توجد في كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها - في علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم في مظهرهم وملبسهم - فتم قواعد تقضى بها المعاملات ويحتمها حسن التهذيب والتعدين ، كالتسليم والتحية عند اللقاء ، والمزاة والمواساة في الكوارث أو الموت ، والتهنئة في الخير - وتم قواعد تقضى بها العادات والتقاليد في شأن اللبس أو المظهر - تتفاوت وتختلف باختلاف الناسبات ، وباختلاف الأفراد الى رجال ونساء .

فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد ياتمر بها سلوك الأفراد في المجتمع بل ويمدها هؤلاء الأفراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها ، ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزاء معين وهو استنكار الناس .

ولذلك قد يقال ان الاختلاف في الجزاء يصلح معياراً للفرقة بين قواعد القانون وقواعد المعاملات والتقاليد ، اذ بينما يقتصر الجزاء في الثانية على محرد استنكار الناس ، يكون الجزاء في الأولى هو ذلك الاجبار الذي تحكرك السلطة العامة في الجماعة حق توقيعه على المخالف .

ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف في الجزاء - وليس بصلح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القواعد ، اذ لا تحد حدود منضبطة تفصل بين مضمعهما فهما متداخلان متشابكان - ولذا ان لا يكون من العسر أو القريب تحول بعض قواعد المعاملات والتقاليد الى قواعد قانونية - فمن التصور تدخل القانون ليغرض زياً معيناً على الناس ،

أو ليامر باطلاق الحي أو حلقها أو باطالة أثواب النساء أو تقصيرها •

فما هو المعيار الذى يمكن الاعتماد عليه إذن للترفة بين قواعد القانون وبين قواعد المجاملات والتقاليد ؟ • لعل خير معيار فى هذا الصدد هو تفاوت المصالح - الذى يقوم على أساس تحقيقها هذان النوعان من القيواعد - فى قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار فى المجتمع • فالقيم التى يتمثل على أقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاملات أضعف أثرا فى إقامة النظام الاجتماعى من تلك التى يصل القانون على أقرارها ، ولذلك لا تحتاج كمالتها الى إيجاب مادى جماعى بل يكفى فى شأنها مجرد الاستبكار العام (١) •

## (٢) القانون والأخلاق (٢) :

إذا كان القانون والأخلاق لم تتحدد معالم التفرقة بينهما بشكل واضح إلا منذ القرن الثامن عشر (٣) ، إلا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم ما زالت تختلف فيها السبل وتباين بشأنها المعايير • وقد يتيح لنا الوقوف عندما يميز القانون من كونه يستهدف إقامة نظام اجتماعى ، سبيلا الى إقامة التفرقة بينهما على أساس سليم •

## ١ - نطاق القانون والأخلاق : إذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين

(١) انظر :

Esmein (P.), La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif d'introduction à l'étude du droit, t. I, 1961, pp. 111 - 113.

(٢) راجع فى ذلك صفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 33 - 42. — Régis, op. cit., pp. 48 - 52. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37. — Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14 - 18, 206, 208. — Draghicescu, Droit, morale et religion, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 229 - 245. — Le Fur, Les caractères essentiels de droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1965, Nos. 3 - 4, pp. 7 - 27. — Esmein, article précité, pp. 119 - 127.

وكانتا « أصول القانون » فقرة ١٦ ، ص ٢٧ - ٢٦ •

(٣) انظر فى ترميز التفرقة بين القانون والأخلاق :

Del Vecchio, Philosophie du droit, 1907, pp. 272 - 275. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 33 - 38.

وكانتا سابق الذكر ، ص ٢ • ص ٢٧ و ٢٨ •

القانون والأخلاق ، فإن القانون مع ذلك يلتقي مع الأخلاق في كثير من قواعدها ، كذلك التي تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التي تدعو إلى الوفاء بالعهود ، أو التي تحرم الإثراء بغير سبب مشروع . ولكن دون أن يجر هذا الالتقاء إلى اختلاط القانون بالأخلاق ، إذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته .

فكثيرا ما ينبسط سلطان القانون على ما تنفص الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة في الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كتنظيم المرور في الطرق المسامة ، وتحديد مواعيد اللطم في الأحكام ، واشتراط الرسمية في بعض التصرفات ، فهذه أمور تنظيمية بحث تحتها فكرة النفع الاجتماعي . ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقتضي به الأخلاق ، فهو لا يهتم في الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق .

وبذلك يتضح أن النطاق ، إذا كان يتداخل بين القانون والأخلاق حيناً ، إلا أنه يتباعد أحيانا : فهو تارة ينبسط في القانون عنه في الأخلاق ، وتارة أخرى يتسع في الأخلاق عنه في القانون .

٢ - معيار التفرقة بين القانون والأخلاق : إذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والأخلاق ، فإن ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهائ من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا .

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار في اقتصار الأخلاق على حكم الحسية الباطنة في الضمير التي ما زالت في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج إلى الوجود بعد في صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعال دون الوقوف عندما يستتر وراءها في الضمير من دوافع خفية (١) .

ولكن الواقع أن الأخلاق ، وإن كانت تعنى في الأصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة ، فهي لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا إلى كثير من الأفعال

(١) انظر في ذلك :

Kant, voir Roublier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1884, p. 5.

الخارجية المحسوسة . وآية ذلك أن الأخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب ، ولكنها تتجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد<sup>(١)</sup> ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء .

وكذلك القانون ، فانه إن كان في الأصل يحكم ما يخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لا يقل عما يستخفي وراء هذه الأفعال في النفس من دوافع<sup>(٢)</sup> ، وفي نظرية التصنف في استعمال الحق وفي سبب العقد خير دليل على ذلك . فالمالك الذي يقيم على حدود ملكه سوراً يرتفع ارتفاعاً شاهقاً يجبب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نيته لم تنصرف الا الى الاضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه ، اذ تؤخذ نية الاضرار المتحيزة عنده دليلاً على تصفه في استعمال حقه في الملكية . واستتجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الإيجار ، لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للأداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع .

ويرجع فقهاء آخرون مناطق التفرقة بين القانون والأخلاق الى الجزاء<sup>(٣)</sup> ، فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية للإجبار والالزام لا تجد القواعد الأخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس .

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف في القانون عنه في الأخلاق ، ولكنه لا يفي بمفرده كمييار فاصل للتفرقة بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف في الجزاء . والواقع أن اختلاف الجزاء ليس الا وليد اختلاف في

٢

(١) وقد أريد الاستناد الى ذلك لقائمة القانون بالأخلاق والقول باقتصاره على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الأفراد فحسب دون عناية ببيان واجباته نحو ربه أو نحو نفسه . ولكن هذا القول لا يصدق على الحالات ، فليس القوانين تعاقب على الإلحاد ، وبعضها يعاقب على الفروج في الانحاز ( في هذا المعنى ) Marty et Raymond, op. cit., Nos. 31, 37.

(٢) في هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 280, 280. — Rouhier, op. cit., pp. 35, 38. — Dubin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200 - 204.

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 2ème éd., No. 8. (٣)

pp. 93 - 94.

أخاياة والهدف بين القانون والأخلاق . فغاياة الأخلاق مثالية هي سمو بالإنسان . وغاياة القانون واقعية نسبية هي إقامة نظام في المجتمع . ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير النفس والمروج بها الى مراعى سمو والكمال الإنساني . وكانت قواعد القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك الذى يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها .

فالأخلاق إذن انما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى ذاته ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغي لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلى . أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه .

ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام القانون على أساس تحقيق اهم اجتماعية نسبية (١) . وبذلك فالأخلاق انما تخضع الفرد لضميره فى تطلعه الدائم الى سمو والكمال ، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة فى صعيها الحثيث الى تحقيق صالحها وإقامة النظام والاستقرار فيها . ومن هنا كان ما يقال من أن القانون هو عظام اجتماعى ، والأخلاق هي نظام فردى أو شخصى (٢) .

والنظامان - وإن كانا يختلفان فى الظاهر - إلا أنهما يفرقان فى الواقع حتى فى الصورة التى يجمعان فيها على قواعد واحدة - فكل من الأخلاق

(١) انظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, p. 28. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172 - 185.  
— Le Fur, article précité, p. 28. — Régis, op. cit., pp. 64 - 68.

(٢) ولقد يميز بعض الفقهاء بين ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العمل، بينما تستهدف الأخلاق تطبيق الخير او اذرة والإحسان (R. Capitant, thèse précitée), p. 174, notes 1 et 2. — Maxime, Leçons de droit civil, t. I, 1904, No. 14, p. 23, 24.

والقانون يحرم القتل مثلا ، ولكن لكل منهما عدما متباينا من وراء هذا التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من أثر وخيم فمن أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الأخلاق الى ما تنحصر اليه نفس المقاتل من درك سحيق في الشر وانفاس في الرذيلة . فالقانون حين يحرم القتل اذن انما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخلل بأمته واستقراره ، بينما الأخلاق حينما تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة . فمحكمة الأخلاق اذن هي محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر في ذاته ، ومحكمة القانون هي محكمة المجتمع حيث يصطرح النفع والضرر الاجتماعي .

٣ - أثار اختلاف الغاية بين القانون والأخلاق : اذا كان القانون والأخلاق يختلفان هذا الاختلاف الجوهرى في الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد مستتبع لاختلافا كبيرا بينهما في الآثار .

فماضلف الغاية بين القانون والأخلاق ، يؤدى الى اختلافهما في النطاق . اذ يمتد القانون - كما سبق البيان - الى ما لا يدخل بطبيعته في غاية الأخلاق حيث لا تعرض لمشكلة ضمير ، ويقتضى القانون بدء ما قد يدخل في غاية الاخلاق من تطلب الاستزادة عن الخير والنفع الملقى .

واختلاف الغاية بين القانون والأخلاق ، يستتبع كذلك اختلافهما في بعض ما تفرضان - لنفس الحالات - من قواعد السلوك . ذلك أن القانون - وهو يهدف الى تحقيق العادل على أساس من اشاعة الاستقرار والأمن والنظام في الجماعة - يضطر الى النزول في مسيل ذلك عن بعض الإقراء والمثل الأخلاقية (١) ، كما يفعل حين يضى الحياة حتى في مواجهة المالك الأصملى ، وسبق في نفس المدين غير الاحتجاج عن الولاء كما تصاميم المدين ، وحين يضى للجرم من التماس اذا تخلصت الجريمة أو العقوبة ، وحين يبيع الإبراهيم بفائدة .

(١) في هذا الصدد :

Ripert, Les Sources créatrices du droit, No. 42, pp. 172. — Roussier, op. cit. No. 2, pp. 40, 41.

(م ٣ - الفصل الى القانون )

ويكون طبيعياً كذلك أن يختلف القوانين والأخلاق في الجزاء ما داما يختلفان في الغاية . فينحصر جزاء الأخلاق في تأنيب ضمير المخالف لها أو في الخوف من استنكار ضمائر الآخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون في الإجبار الجماعي الذي تتكفل السلطة العامة في الجماعة بإعلانه وإنفاذه . يسا يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة . فقواعد الأخلاق ، ما دام مقصودا بها السمو النفسى لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس الطبيعة النفسية الشخصية شعوراً بالحطة والضمعة والتأنيب . أما قواعد القانون فلنكون القصد منها إقامة نظام للحياة في الجماعة ، لا يتصور أن تبقى مخالفتها . وهي تعرض هذا النظام للخطر . دون جزاء جماعى مجبر يكفل احترامه ويقامه (١) .

ويكون طبيعياً فضلاً عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والأخلاق . أن تقتصر الأخلاق : وهي قواعد فردية للكمال تنبثق من ضمير الشخص الى نفسه . على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهي اذا كانت مثلاً تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لا تنشئ بذلك للمحتاجين حقاً في المون قبل القادرين . بينما القانون يصمد . فوق بيانه الواجبات . الى تقرير الحقوق . فهو ان كان يجعل العقد شريعة المتعاقدين ويوجب الوفاء بما يتضمن العقد من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق في اقتضاء هذا الوفاء من المدين . وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن خطأ ويقرر بذلك مسئولية مرتكب الخطأ ، فانما يجعل في مقابل هذا الواجب حقاً للمضرور في التعويض قبل من وقع منه الضرر .

٤ - على تأثر القانون بالأخلاق : اذا كان القانون يختلف اختلافاً جوهرياً عن الأخلاق في الغاية مما يعبر وراه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ، فان ذلك لا يعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالأخلاق . فذلك نظر متطرف غير مقبول ، لا يقل عنه طرفاً النظر المكسي الى القانون باعتباره محكوماً حكماً

(١) ل هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 28, 40.



تاما بالأخلاق . ولا يعنى هذا النظر الأخير عند اقتنائين به - وفى طلبتهم الفقيه الفرنسى الكبير « ريبير » *Ripert* - أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة لما تقتضى به الأخلاق ، فإن الأخلاق فى صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الأخرى على التسلسل الى القانون لتوجيهه وحكمه ، ولكن الغلبة النهائية لابد مكتوبة للأخلاق ، طالما يتطلع القانون الى أساسى مثالى وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل المثل الأخلاقية (١) . وهذا يفسر عندهم كثرة القواعد والنظريات الأخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدخول فى رحاب القانون ، مثل نظرية التصسف فى استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة .

ولكن الواقع أن أثر الأخلاق اذا كان غير منكور على القوانين ، فيجب عدم المبالغة فى التضخيم من شأنه ، اذ ما هو الا عامل واحد من ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون فى تكوينه . وأثر الأخلاق لابد محدود فى نطاق القانون أمام اختلاف الغاية بينهما ، مما لا يتصور معه بالتالى خضوع القانون خضوعا تاما للأخلاق . واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها أصول من الأخلاق ، فإن ذلك لا يعنى اصطباغ القانون بصبغة أخلاقية . فهو لا يعتد فى تقرير هذه القواعد والنظريات بما تضع من مثل أخلاقية تمثل السمو والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غايته ، ولكنه يقررها لما تمثل من نفع للمجتمع بما تشيع فيه من عدل ونظام .

غير أن استقلال القانون عن الأخلاق وعدم اختلاطه بها ، لا ينفي تأثيره بها فى بعض الأحيان ، حين لا تجد الجماعة مناصا - لتماسك نظامها - من استلزام قدر معين من الأصول الأخلاقية ، كما هو الشأن فى فكرة « الآداب » (٢) *les bonnes moeurs* التى يعيها القانون بحماية كبيرة . فيغرض احترامها والتزام مضمونها على الأفراد .

(١) *Ripert, La règle morale dans les obligations civiles*, Nos. 14.

~~14~~

(٢) انظر فى تفصيل هذه الفكرة ما سيورد فى الفصل الثانى من هذا الباب .

## للمبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة بإجبار مادي جماعي<sup>(١)</sup>

### ١٣ - فكرة الجزاء أو الإجبار القانوني

قلنا ان القانون يهدف الى اقامة نظام في المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تتوجه الى الأفراد . ولكن لما كانت مخالفه هذه القواعد أمرا متصورا - على خلاف الحال في القوانين والنواميس الطبيعية - لما للأفراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو طريق المخالفة ، تعين فرض جزاء مادي يرصد على كفالة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها . وليس يتأتى تحقيق ذلك عملا عن طريق اعطاء كل فرد الحق في تقويم مخالفة الآخرين لحكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الى سيادة الفوضى ، وشميوع الادعاء والتحكم ، والقضاء على القانون من حيث يراد تأكيد سلطانه . من أجل ذلك تحتتم اضرورة وجود سلطة عامة مختصة في الجماعة يعهد انيها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يخضع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتها .

فالذي تعنيه فكرة الجزاء اذن هو امكان حمل الأفراد جبيرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون . ولذلك يحسن التعبير عن الجزاء القانوني باصطلاح « الإجبار » (La contrainte) <sup>(٢)</sup> ، الذي يفصح عن صفته الحباله المادية المنظمة التي تثبت له نتيجة قام سلطة عامة في الجماعة بقهر الارادات العاصية عن طريق القوة المسادة<sup>(٣)</sup> ، وبتتبع بذلك فصله عن الجزاء الديني

(١) انظر في هذا الموضوع بخاصة : Rouhier, op. cit., No. 4, pp. 28 - 32. — Dabin, op. cit., Nos. 22 - 23. — Del Vecchio, op. cit., pp. 295 - 301 — Rétif-de, op. cit., pp. 106 - 112. — Marty et Raymond, op. cit., t. I, No. 34.

وكذلك كتابا سالف الذكر ، فترات ١٧ - ١٩ ، ص ٤٦ - ٥٤ .

Dabin, Théorie générale du droit, op. cit., No. 27. (٢)

(٣) يجب أن لا يستغنى من ذلك ان القانون نظام يقوم على القوة ، فهو يظل قائما على العدل ، وما اعتمد على القوة الا لتسييرها في خدمة العدل وكفاله .

الذى توفقه القدرة الالهية فى الآخرة ، وعن الجواهر الاخلاقى الذى ينحصر فى  
تأنيب الضمير واستنكار الناس .

فالاجبار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز اذن بأنه مادى محسوس  
أى بأنه خارجى ظاهر ، وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لا فى الآخرة .  
ويتميز كذلك بأنه اجبار منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعها باسم  
الجماعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعد التثبت من  
وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية . ومن  
ثم فالاجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية انما تختص به السلطات  
العامة فى الجماعة وتحكر توقيعها باسم هذه الجماعة دون ان يستقل بتوقيع  
الأفراد أنفسهم . ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار العام أو اجمعى  
*La contrainte publique ou sociale* . ذلك أنه قد اندثر منذ قديم عهد  
الاقتصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق  
ممارسة الاجبار وتوقيمه لمسابه الخاص .

ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فانها - حيث تعن  
الحاجة - تنزل عن حق الاجبار الجماعى مبيحة الاجبار الخاص عن طريق  
الاقتصاص الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ، كما هو الشأن  
فى حال الدفاع الشرعى<sup>(١)</sup> ، حيث يباح الدفاع عن النفس أو المال بالقوة  
دفعاً لعدوان غير مشروع يقع عليهما . وكما هو الشأن كذلك فى حق  
الحبس<sup>(٢)</sup> فى المجال المدنى ، أى حق من يكون دائماً ومديناً معاً - عند  
التزامين مترابعين - فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما لم يعرض الطرف

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, No. 16, p. 62. —  
Roubier, *op. cit.*, pp. 27, 28.

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, *ibid.*

ولكن قلنا سواء بالنسبة الى الدفاع الشرعى أو بالنسبة الى حق الحبس :  
Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du*  
*droit*, 3ème éd., 1906, No. 140. — Dabin, *Théorie générale du droit*,  
No. 26, p. 47.

نصود جمال الدين زكي ، دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ص ١٦ .

الآخر الوفاء بما عليه من التزام ( م ١/٢٤٦ مدني ) . فللبائع مثلاً أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن ( م ١/٥٤٩ مدني ) . وللمستعير أن يحبس العارية حتى يقوم المير بإفائه ما اضطر إلى اتقاؤه للمحافظة عليها (١) .

#### ١٤ - الإجبار عنصر جوهري لقيام القانون

اختلف الفقهاء في شأن اعتبار الجزاء أو الإجبار عنصراً لازماً لوجود القاعدة القانونية . فبعضهم لا يرونه لازماً لقيامها . إذ القانون عندهم هو مجموع القواعد التي تنجّه نحو الاقتران بجزاء (٢) ، دون أن يشترط اقترانها فضلاً وحتماً بهذا الجزاء . فالجزاء في هذا النظر إذن ليس عنصراً مكوناً للقانون ولكنه عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد إجباراً مادياً يكفل احترام قواعده لا ينفي وجوده وإن كان يقلل من مدى مفعوله ونفاذه في العمل .

غير أن من المسبب التفرقة بين وجود القانون وبين نفاذه ، فوجود القانون يقتضي حتماً نفاذه طاملاً هو يضع نظاماً للمجتمع ، ذلك أن تطبيق النفاذ برغبة المكلفين يتبعون القانون أو يخالفونه يؤدي إلى اختلال نظام المجتمع ، وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته .

وأيما ما كان الأمر ، فإن القائلين بإمكان تصور وجود القانون دون جزاء أو إجبار جماعي يكفله ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الإجبار في بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولي العام والقانون الدستوري (٣) . ولكننا سوف نرى أن القانون الدولي العام لم تتوافر له بعد

(١) راجع في ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٦ ، المجلد الثاني ، ١٩٦٧ ، فقرات ٨١٨ و ٨٥٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى :

Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, No. 16, pp. 47 - 48 et III, t. IV, p. 288. — Régis, *op. cit.*, pp. 107 - 108.

Hacquet, *op. cit.*, p. 100. — R. Capitant, *thèse précitée*, pp. 116- (٣)

117. — Marty et Raynaud, *op. cit.* No. 34, pp. 54, 55.

صفة القانون الوضعي الكامل . وإن القانون الدستوري قانون بالمعنى الكامل ، كل ما في الأمر أن جزاءه يتشكل في صور مختلفة عن الجزاءات العادية المعروفة في بقية فروع القانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة القانون الدستوري نفسه ، إذ هو يقيم عادة سلطات متعددة مستقلة عن بعضها البعض ، فلا يتصور - والمخالفة قد تقع من أحدها - إلا إنشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات جميعا تكفل احترام قواعد القانون الدستوري . والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السمية أو الثورية فرض احترام الدستور وتأكيد سيادة قواعده<sup>(١)</sup> .

كل ذلك يفصح عن أن التشكيك في ضرورة توافر الجزاء أو الإيجاب لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره . ومن هنا ينبغي الإقرار بما ينهض إليه جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup> من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة يقوم الإيجاب الجماعي على كفالة احترامها .

#### ١٥ - صور الجزاء أو الإيجاب

لا يتخذ الجزاء أو الإيجاب - الذي تنفرد بتوقيمه سلطة عامة مختصة في الجماعة - صورة واحدة ، بل تختلف صورته باختلاف المكان ، وتفاوت متفاوت الزمان ، وتتنوع تبعا لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده . ورغم اختلاف صور الجزاء أو الإيجاب ، فيجمعها كلها - معنى واحد هو تمام القدرة على إعطاء القانون صفة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده .

ولعل أول صورة تخطر للجزاء في ذهن هي صورة الجزاء الجنائي ، أي

---

(١) في هذا الصدد :

عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبوستيت ، أصول القانون ، أو المختل لدراسة القانون ، ١٩٥١ ، فقرة ٢١ من ٣٢ - وفترة ١٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ .  
فترة ١٨ من ٣١ و ٣٢ - سليمان مرقس ، المختل للمعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٧ .

(٢) راجع بخاصة :

'Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roubier, op. cit., No. 4. — Dabin, op. cit., No. 32. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 11.

بالإجبار الذي يتخذ شكل العقوبة . والعقوبة أنواع كثيرة : فقد تقع على جسم المخالف لإحكام القانون ، كالاعدام . وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها : كالاحتجاز الشاق ، مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والاعتقال المؤبد أو مؤقتا ، والسجن والمحبس . وللوضع تحت مراقبة البوليس . وقد تقع العقوبة على مال المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة .

غير أن الجزاء أو الإجبار ليس كله جنائيا ، فهناك الجزاء المدني وصوره كثيرة متعدة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطان ، وهو ما يكون في حال إبرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يستترف القانون بهذه التصرفات ولا يرتب عليها بالتبعية أى أثر قانونى . ومن أمثلة ذلك النص على بطان مهة القرار التي لا تتم بورقة رسمية ( م ٤٨٨ مدني ) ، وبطالان كل تصرفات الصغير غير المميز ( م ١١٠ مدني ) ، وبطالان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام والآداب ( م ١٣٥ و ١٣٦ مدني ) : فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة لقاء أجر أو دون أجر ، وكل اتفاق على استئجار منزل بقصد ادارته أو استغلاله في الدعارة .

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة محو أثر المخالفة أى ازالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون ان كانت الازالة تدخل في حيز الامكان ، مما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة ، كسد المجلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها ، أو عدم الأبنية المقامة خارج خط التنظيم .

فان تعدل محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه الصورة هي صورة الجزاء الترميمي ، فيقع الإجبار على مال المخالف بان يؤخذ منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطرابه لتحصيل آثاره نظرا لاستحالة محوه . فمن دهم شخصا بسيارته مثلا فيتر له ساقه ، لا يستطيع ان يعيد اليه الساق المبتورة ، ولكنه يلزم بان يدفع اليه تعوضا تقديريا يعوضه عن بقاءه دون ساق .

وقد يجتمع الجزاء الجنائي والمدني في نفس الصورة • فمن قتل شخصاً  
عمداً مع سبق الإصرار على ذلك أو التردد يعاقب بالإعدام ، وقد يلزم فوق  
ذلك بأن يدفع إلى ورثة القتيل مبلغاً من المال على سبيل التعمير • ومن  
اختلس مالا مملوكاً لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق  
ذلك برد الشيء المسروق أو التعمير عنه إن تعذر الرد • ومن قذف في حق  
آخر ينال المقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعمير المقتوف في حقه تعويضاً  
مالياً •

# الباب الثاني

## مدى سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون (١)

### ١٦ - تنوع قواعد القانون إلى أمرة ومكملة يستتبع تفاوت سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون بين الانطعام والاطلاق

إذا كان القانون يحكم سلوك الأفراد حكماً ملزماً يكفله اجبار مادي جماعي ، فقد يظن أنه لا مجال لسلطان الإرادة إزاء القانون ، وأنه لا يتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرر القانون . ولكن الأمر ليس على هذا النحو المطلق . ذلك أن قواعد القانون ليست نوعاً واحداً ، بل هي تتنوع نوعين كبيرين ، تجد الإرادة سلطاناً بالنسبة إلى أحدهما دون الآخر . فقواعد القانون ، أما قواعد أمرة (Règles impératives) ، وأما قواعد مفسرة أو مكملة (Règles interprétatives ou supplétives) .

أما القواعد القانونية الأمرة ، فيقصد بها تلك القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فهي تلك القواعد التي تلزم الأفراد في حال عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها .

فكان مدى سلطان إرادة الأفراد متفاوت بتفاوت نوع القواعد القانونية.

---

(١) أهم المراجع :

H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 42<sup>me</sup> éd., 1921, Nos. 24 - 25. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 69 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 97 - 99. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 87, 88, p. 265. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, par Esmeon, 2<sup>me</sup> éd., Nos. 226 - 248.



فسلطان إرادة الأفراد منعدم إزاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى أن الزام هذه القواعد لهم إنما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون أمامه الخروج على أحكامها بإرادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . أما القواعد القانونية المفصرة أو المكملة ، فسلطان إرادة الأفراد إزاءها كامل موفور ، بمعنى أن للأفراد في الأصل حق الخروج عليها بإرادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم ، ولا صارت ملزمة لهم إلزام القواعد القانونية الآمرة .

وقد دعا إلى هذا التنوع في القواعد القانونية ، وتقييد إرادة الأفراد بتقييداً كاملاً من ناحية وإطلاق سلطان هذه الإرادة إطلاقاً كاملاً من ناحية أخرى ، أن النشاط الفردي والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهمية والخطر . فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع ، عظيم الأثر في حياته ، بحيث ينبغي استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده ، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الأفراد منها باتاً من مخالفتها ، وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة . ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فيباح للأفراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ، وإن يكن القانون في مثل هذه الحال لا ينفذ يده نقضاً تاماً من وضع تنظيم نموذجي يلزم من لا يظهر إرادته من الأفراد في مخالفته ، وهنا تظهر القواعد القانونية المفصرة أو المكملة (١) .

فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل أو السرقة مثلاً قاعدة آمرة ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال . والقاعدة القانونية التي تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة آمرة بمعنى أنه بمنع على الأفراد مخالفتها بالزواج من إحدى هؤلاء المحرمات . والقاعدة

---

(١) يبدو أن إطلاق اسم « القواعد المكملة » على هذه القواعد أكثر دقة . إذ هي تعرض عادة وجود نص إرادي تصدى لأكسالة ( أنظر في هذا المعنى Marty et Raynaud, op. cit. No. 98 . وكذلك كتابنا سابق الذكر ، حاشي «١» ، ص ٥٧ . ولكن لفرق فيما ينصب إليه البعض من تبوير تسمية هذه القواعد بالمفصرة بأن سكوت المصنفين عن مخالفة هذه القواعد يفيد اتجاه إرادتهم إلى الخضوع لأحكامها : عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبوسيت - المرجع السابق . حاشي ص ١٦٨ . - صليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ ) .

القانونية المقررة في الشريعة الإسلامية والتي تقرر للذكر مثل حظ الأنثيين في الإرث قاعدة أمرة ، بمعنى انه يمنع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على التسوية بين الذكور منهم والإناث .

أما القاعدة القانونية التي تقضي مثلا بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان ووقت تسليم المبيع ( م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني ) ، فهي مجرد قاعدة مكملة لا تطبق الا اذا لم يتفق المتماقدان على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن . والقاعدة القانونية التي تقضي بأن نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر يكون بنسبة حصته في رأس المال ( م ٥١٤ مدني ) قساعة مكملة كذلك ، فان اذ للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الأرباح والخسائر بينهم ، فان لم يتفقوا فالنسبة التي قررتها القاعدة القانونية تلزمهم . والقاعدة القانونية التي تضع على عاتق المؤجر اجراء الترميمات الضرورية في العين المؤجرة أثناء الاجارة ( م ٥١٧ مدني ) ليست كذلك الا قاعدة مكملة ، فيجوز الاتفاق على تحيل المستأجر القيام بهذه الترميمات .

#### ١٧ - توافر صفة الإلزام للقواعد المكملة

إذا كان لإرادة الأفراد كامل السلطان في مخالفة القواعد القانونية المكملة وحدها دون القواعد الأمرة ، فهل معنى ذلك أن القواعد الأمرة هي وحدها الملزمة ، وأن القواعد المكملة ليست بقواعد ملزمة ؟

الواقع أن كلا من النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة الإلزام . ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون في القواعد القانونية الأمرة حيث تستعصي مخالفتها على إرادة الأفراد ، فهي كذلك لا تتخلف في حال القواعد القانونية المكملة . فهذه القواعد الأخيرة ملزمة قانونا اذا لم يوجد اتفاق عكسها من جانب الأفراد ، أي أن الإلزام فيها موجود وإن يكن لا يتوجه الا أن طائفة معينة من العلاقات والروابط هي تلك التي لم تخضعها إرادة الأفراد لتنظيم مخالف<sup>(١)</sup> .

٥ (١) في هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, p. 74.

تطبيق القاعدة القانونية للكلمة ، مقود اذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها . فاذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها . ومن هنا ، فامتناع تطبيقها ليس مناه أنها قاعدة غير ملزمة ، وانما مناه أن هذه القاعدة الملزمة - أمام ما يوجد من اتفاق مخالف - تفتقد شرطا من شروط تطبيقها وهو ما لا يطن في وجودها أو التزامها (١) .

وليس يستند الإلزام - كما يرى بعض الفقهاء - الى ارادة المتعاقدين الضمنية بانصرافها عن مخالفة القواعد الكلمة ، فقد يجهلان وجود هذه القواعد ولا ينتفى رغم ذلك التزامها لهم في حال عدم الاتفاق على عكسها ، وانما يقوم التزامها على أساس قوتها الذاتية كماعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التي لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجه بالحطاب الملزم كذلك الى من لا يخالفها من الأفراد (٢) .

#### ١٨ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد الكلمة

يراعى أن الأمر في هذه التفرقة يكون واضحا حينما تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحاً بصفتها الآمرة بالنص مثلا على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو يفرض عقوبة على مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحاً بصفتها الكلمة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها .

فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، كل قواعد قانون العقوبات ، فهي صريحة النص على صفتها الآمرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تعمره من جرائم . وكذلك ما ينص عليه التقنين المدني المصري من بطلان التعامل في تركة انسان بقيد الحياة ولو كان ذلك برضاء ( م ١٣١ ) ، وبطلان كل اتفاق على خلاف ما يقرره هذا التقنين للقاضي - في حال الظروف الطارئة

(١) في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 201.

عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ - سليمان مرقس ،

فقرة ٥٢ ، ص ٦٨ - ٦٩ .

(٢) أنظر في انتقاد القول بأن القواعد الكلمة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء : سليمان

مرقس ، عبد الفتاح عبد الباقي ، الموانع السابقة - كتابنا مسالك الذكر ، فقرة ٢١ ، ص ٥٩ و ٦٠ .

- من سلطة رد الالتزام المرقق الى الحد المقبول ( م ٢/١٤٧ ) ، وعدم جواز النزول مسبقا عن التقادم أو تغيير مدته ( م ١/٢٨٨ )

ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة المكلمة ما ينص عليه التقنين المدني المصري : من أن تسليم المبيع يتم في مكان وجوده وقت البيع ، ما لم يتفق على مكان آخر ( م ٤٦٣ ) ، ومن أن نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل ونفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ( م ٤٦٢ و ٤٦٤ ) ، ومن أن للمستأجر حق النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ( م ٥٩٣ ) .

غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل بنفسه بيان صفته الآمرة أو المكلمة . وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام *L'ordre public* والآداب *Les bonnes mœurs* وهو معيار مسلم في الفقه والقضاء ، يأخذ به المشرع المصري صراحة فيما ينص عليه من بطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام أو الآداب ( م ١٣٥ و ١٣٦ مدني ) .

وعلى ذلك ، فحيث لا يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية ، فكسل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تفتتير قواعد أمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها(١) ، أي أن سلطان الإرادة يكون منعذما ازاءها . وكل القواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مكلمة ، لإرادة الأفراد مطلق السلطان في مخالفتها والخروج عليها .

## ١٩ - مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبتها

يراعى أن فكرتي « النظام العام » و « الآداب » - كقيصل للتفرقة بين .

(١) ليست كل المسائل التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب تتضمنها حتما نصوص قانونية . ولذلك فقد تتحقق المخالفة للنظام العام أو الآداب دون أن يحصل خرق لنص قانوني معين . . . ( انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٥» ص ٦١ والمراجع المشار إليها فيه ) .

القواعد - الأمرة والقواعد المكلمة - ليستا إلا مجرد فكرتين ميساريين تستصيان على التحديد الجسامد الثابت ، فهما مثلاً من أمثلة الصياغة القانونية المرننة التي تصل القانون بأصباب التطور . وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع . ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء ، فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب في جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد في جماعة أخرى أو في نفس الجماعة ولكن في زمان مختلف .

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أنه حيث يسود المذهب الفردي وتطلق الحرية للأفراد ، يعظم سلطان إرادتهم في تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاؤون ، وتنكمش فكرة النظام العام في أضيق نطاق ، فتتصر القواعد الأمرة في قلة ضئيلة ترد على سلطان الإرادة ، وتكثر القواعد المكلمة لهذه الإرادة . أما حيث يسود المذهب الاجتماعي - كما هو المشاهد في العصر الحديث في أغلب الدول - فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعاً يضيف معه سلطان الإرادة ، وتكثر القواعد القانونية الأمرة (١) .

فكرة النظام العام والآداب إذن فكرتان مرتبطتان نسبيتان ، تستصيان على التحديد الجامع المحكم ، لأن نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير الزمان . ورغم ذلك فقد يمكن إعطاء مقياس أو موجه عام يستهدي به في الكشف عن مضمونهما وتعرف ما يدخل في هذا المضمون من مسائل فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد أمرية ، وما يخرج عنه من مسائل فتكون القواعد القانونية التي تحكمها قواعد مكلمة .

## ٢٠ - النظام العام (٢)

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة ، أي

(١) انظر في ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ،قرة ٢٢٨ .

(٢) انظر في ذلك بصفة خاصة :

= Pascaud, La notion d'ordre public par rapport aux transformations

مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها . ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أى المتعلقة بالنظام العام ، قواعد أمرة لا تملك الإرادة الفردية لزما أى سلطان أو قدرة على مخالفتها ، إذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهدام والتصدع ، فلا يسمح لأى كان بأن تجرى إرادته على خلافها .

وفى الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أى من القواعد الأمرة ، قواعد قانون العقوبات التي ترمى دعامة الأمن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة أو على عدم ارتكاب جريمة لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسؤولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التي تنص عليها الدساتير عادة ، كالحرية الشخصية وحرية المقيسة وحرية الرأى وحرية الانتخاب<sup>(١)</sup> والترشيح . فيقع باطلا التعمد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعمد بعدم الكتابة فى الصحف والتعمد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها .

وكذلك يعتبر عادة من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى<sup>(٢)</sup> . ولذلك لا يجوز

du droit civil, Paris 1937. — De La Morandière, L'ordre public en droit, privé interne, étude de droit civil à la mémoire de H. Capitant, pp. 381 et s; La notion d'ordre public en droit privé, Cours de droit civil approfondi, 1950 - 1951. — Maleserie, L'ordre public et le contrat, t. I, 1958.

(١) أصبح التصويت فى الانتخاب وفى الاستفتاء واجبا فى مصر اليوم وليس مجرد حرية من الحريات .

(٢) وهذا ما عليه الحال اليوم فى تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . إذ تنص المادة ١٠٩ منه على أن « الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتهاج ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قبيلتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها » ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى . وهذا هو نفس الحكم الذى كان مقررا أصلا فى تقنين المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (م ١٣٤) . غير أن المشرع المصرى - بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ - استبعد الاختصاص البنى على قيدة الدعوى من عداد مسائل الاختصاص المتعلقة بالنظام العام - ثم عاد فى تقنين المرافعات (الحال الآن =

الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص جهة قضائية معينة أمام معساكم جهة قضائية أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص القضاء الإداري الاستثنائي أمام محاكم القضاء العادي • ولا يجوز كذلك - حتى داخل نفس الجهة القضائية - الاتفاق على رفع دعوى تدخل نوعيا أو قيميا في اختصاص محكمة معينة أمام محكمة أخرى ، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة الجزئية •

وكذلك يعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية للجماعة ، كفرض سعر الزامي للعملة الورقية ، فيعتبر باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة هي ثبات النقد فيها واستقراره •

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون في نطاق القانون العام كما يتبين من الأمثلة التي قدمناها ، فالقانون الخاص كذلك لا يخلو منها ، وخاصة منذ أن كثرت تدخل الدولة في العصر الحديث ، فاكثرت من القيود على سلطان إرادة الأفراد في إبرام التصرفات القانونية •

فقواعد الأهلية تعتبر من القواعد الآمرة لتعلقها بالنظام العام • ولذلك - كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدني المصري - « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » • وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية ، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه المنصوص عليها في القانون •

والقواعد التي تحكم الحالة المدنية للشخص هي من القواعد الآمرة كذلك لتعلقها بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها • فيقع باطلا كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم في غير الأحوال التي يحددها القانون أو دون اتباع الاجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير •

---

= الوضع القديم فاعتبره من جديد متعلقا بالنظام العام ( راجع في ذلك : أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، ١٩٦٩ ، فقرة ٢٦٣ ، وعلاني ٥٩ ص ٢٨٦ - دزوي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط ٩ ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، فقرات ٢٦٨ و ٢٦٩ - أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط ٩٠ ، ١٩٧٠ ، فقرة ٣٥٧ )

( ٤ م - المجلد الثاني القانون )

وكذلك تتعلق المذهب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام فتكون قواعد أسرة ، لأن الأسرة هي الحلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التي تحكمها في مقابلة الأسس التي يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر . فيقع باطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التي يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام . ولا يجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه في طلاق زوجته (١) أو في التزوج عليها . ولا يجوز له كذلك النزول عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لأن حقه في الطلاق وفي تصد الزوجات بما لا يزيد على أربع من قواعد النظام العام ( بالنسبة للمسلمين ) ، لتعلقه بالأسس العائلية التي يقوم عليها بناء الجماعة .

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففي الدول الغربية مثلا - على خلاف الحال في مصر والدول العربية عموما بالنسبة للمسلمين - تعتبر وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة . وكذلك تبدو نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الأمر فيها فأباححت أكثرها انفصام الزواج بالطلاق في حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا نزول أحد الزوجين مقدما عن حقه في طلب الطلاق في إحدى هذه الحالات .

وكذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد نظرا لاهتالها بالمصالح الأساسية للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلا على منع قسمة الشيء الشائع لمدة تزيد على خمس سنوات ( م ٨٣٤ مدني ) . ولا الاتفاق على فائدة تجاوز الحد الأقصى للمشروع ( م ٢٢٧ مدني ) . ولا الاتفاق على منع انقصاص الالتزام المرحق في حال

---

١) (١) ولكن ليس ثم ما يمنع من تفهيم الزوج مقدما بجنوح زوجته إذا هو ملقها في يوم من الأيام ( أنظر نفس ٢٩ فبراير ١٩٤٠ - جريدة مصر ، ج ٤ ، رقم ٣٥ ، ص ٨٥ ) .  
وانظر كذلك : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، جلد ٥ ص ٤١٠ .



الظروف الطارئة ( م ١٤٧ مدني ) أو منع تعديل انشروط التمسفية أو الاعفاء منها في عقود الإذعان ( م ١٤٩ مدني ) .

#### ٢١ - الآداب<sup>(١)</sup>

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة ، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال . من أجل ذلك لا يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال الا قواعد أمره يستنع على الأفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بإرادتهم ، لأن مخالفتها تصدع كيان الجماعة الأخلاقي .

فليس يقصد إذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق - والا اختلط القانون بالأخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما في الغاية والهدف كما سبق البيان - وإنما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذي تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه<sup>(٢)</sup> .

وفكرة الآداب على هذا النحو ، كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية تتفاوت بتفاوت الجماعات ، لأن العبرة في مضمونها هي بما تعتبره كل جماعة في زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها . وهي تخضع في ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالمعادات والتقاليد والدين فيها . ولما

---

(١) انظر في ذلك صفة خاصة :

Oprea, Essai sur la notion des bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1945. — Bonncease. La notion juridique de bonne mœurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitiant, p. 94 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. I, pp. 33, et s.

(٢) وبذلك تعتبر فكرة الآداب - كما سلفت الإشارة - مثلا من الأمثلة القليلة السالفة على تأثير القانون بالأخلاق . وحاجته في سبيل تدعيم نظام المجتمع وتماسكه إلى استلزام حد أدنى من الأصول الأخلاقية ، لا يبيح للأفراد الخروج عليه بخلاف الأحوال .

كانت هدفه الظروف تتغير مع الزمن ، فان فكرة الآداب يختلف مضمونها  
كذلك في الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال فيها .

ففي بعض الدول كفرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعى برفع  
دعوى لاثبات نسبه لمخالفة ذلك للآداب ، ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الآداب  
من هدفه الناحية فأصبح مباحا الآن اثبات النسب . وفي أغلب الدول كان  
عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة في الزواج يعتبران باطلين لمخالفتها  
للآداب ، ثم تغير انظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب  
الجماعات لا تزال ترى في الاتفاقات الخاصة بإنشاء نواد للمرأة مخالفة  
للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر  
مثل هذه الاتفاقات المشروعة .

ومن بين الأمثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة بإدارة  
أو بإيجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمار (١) . والاتفاقات  
الخاصة بإنشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة ، وخاصة التهنيدات  
بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات (٢) .

## ٢٢ - سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب

إذا كانت فكرة « النظام العام » وفكرة « الآداب » فكرتين مرتنتين

(١) ولكن الغالب أن يستثنى المشرع بعض أنواع القمار . فيعتبر العقود الخاصة بهسا  
صحيفة غير مخالفة للآداب . ومن قبيل ذلك ما أورده المشرع المصري من استثناءات تنطبق .  
بما رخص فيه قانونا من أوراق النسيب ، وبالمرامات بين المتباينين شخصيا في الأصل  
الرياضية ( م ٧٤٠ مدني ) . وهذه الاستثناءات مفهومة : فليس يتعلق بأوراق النسيب ، يستد  
بما يتحقق من طريقها من اتفاق الصيلة المتجمعة منها - بعد توزيع الجوائز - في أعمال البر  
والخير . وفيما يتعلق بالمرامات بين المتباينين شخصيا في الألعاب المذكورة ، واضح القصد من  
تشجيع التنافس على التفوق في مثل هذه الألعاب ( انظر مذكرة المشرع التمهيدى ، مجموعة  
الأعمال التشريعية للقانون المدنى ، ج ٥ ، ص ٣٠٢ و ٣٠٤ ) .

(٢) من الواضح أن الاتفاق إذا كان على إنهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع  
مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للآداب ، إذ يتضمن بذلك فكرة تمريض المرأة  
بما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة الساجنة المخالفة للآداب . أو فكرة معاداة لها على يد  
حيث حادثة شريفة ( في هذا الصدد ) : Daniel, Ripert, Traité pratique de droit  
civil français, t. V, Obligations, par Emélin, 2e. éd. No. 222.

- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨ -

معياريتين تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونها نظرا لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، الا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها - ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان ، أي تنسبان إلى جماعة معينة في زمن معين ، ولذا فالقاضي - في تحديد مضمونها - مقيد ، لا بما يراه هو ، ولكن بالتيار العام السائد بشانها في هذه الجماعة المعينة وفي ذلك الزمن المعين (١) .

### ٢٢ - جزء مخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد أمرة (٢) ، تعتبر قيما على سلطان الإرادة في إبرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن إرادة الأفراد تتقيد باحترام هذه القواعد ، بحيث ينرتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا . ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالإجازة ، ويكون لكل ذي مصلحة أن يتسكك به ،

(١) في هذا المعنى : مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي ، مجموعة الأسماء التشريعية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ .

ولذلك يكون من الطبيعي أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والآداب مسألة قانونية تخضع لردية محكمة التقى ، دون أن يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ( انظر عبد الرزاق السنهوري ، اترجع السابق ، ص ٤٠١ ، هامش «٢» - انور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ ، ص ٢٠٤ ، الهامش ) . وفي ذلك ضمان كبير لإقامة هذا التحديد على أسس موضوعية لا شخصية : انظر (De la Morandière, article précité, p. 380) .

(٢) إذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد أمرة ، فبالعكس ليس صحيحا . فقد توجد قواعد أمرة ينص المشرع على صفتها الأمرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام ، ولهذا لا يرتب البطلان المطلق جزءا على مخالفتها . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التي يقصد بها حماية القاصر . فانه إذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تمهد القاصر مقعما بالنزول عما يفرضه القانون له من حماية ، الا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام . ولذلك فإن القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبي المميز المأثرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته . وهو بذلك لا يترد البطلان المطلق جزءا على قيام القاصر بإبرام مثل هذه التصرفات ، وإنما يكتفى بالبطلان النسبي ، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التي تحرم أفراد القاصر بإجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة ( في هذا المعنى : II. Capitani, op. cit., p. 82, note (1). Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 99, p. 163. - مصدر على عرفة ، مبادئ العلوم

القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٢ - ١٠٤ ) .

وعلى القضاة ان يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب اليه أحد الخصوم ذلك (٢) .

والقاعدة انه البطلان يستتبع حتما إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق ، لئى رجوع كل شيء الى أصله ، فيكون لمن سلم شيئا الى آخر تنفيذ للاتفاق الباطل حق استرداده .

غير أن القضاء فى فرنسا يجرى - اتباعا لقاعدة تقليدية مستقرة فى القانون الرومانى منذ قديم - على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لانه طرف حلوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوته ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى . وقد انحاز القضاء المصرى فى مجموعته (٣) الى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى القديم . ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل هجوم وانتقاد جمهور الفقه ، سواء فى فرنسا أو مصر ، لأنها تخالف منطق البطلان الذى يحتم ارجاع كل شىء الى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات .

وقد هم المشرع المصرى بتأبئة القضاء المصرى فيما كان مستقرا عليه من التزام القاعدة الرومانية ، اذ وضع نصا يقررها فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى . ولكن لجنة المراجعة رأّت من بعد حذف هذا النص على أساس أنه لا يتمشى مع منطق البطلان (٣) . فظهر التقنين الحالى خاليا منه . وهو ما يقول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان

(١) يختلف البطلان النسبى عن البطلان المطلق فى ذلك كما سورد البيان ، اذ فى البطلان النسبى يكون التصرف القانونى صحيحا ولكنه قابل للإبطال لمصلحة أحد الأشخاص ، ولذلك فإن طلب الإبطال لا يكون الا من قبل من قبل له القانون حسبا فيه ، ويؤزل حق الإبطال بالإجادة الصريحة أو الضمنية من جانبه (م ١٢٨ و ١٢٩ مدنى) .

(٢) انظر فى الإشارة الى أحكام هذا القضاء : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق .

ج ١ - ملحق رقم ٤٤٦ من ٥٣٦ -

(٣) مجموعة الأعمال النظرية لقانون الفنى ج ٢ - ص ٢٥٨ .

يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب(١) .

وعلى هذا النحو ، نستطيع أن نؤكد استبعاد القاعدة الرومانية ، في القانون المصري الحالي ، بحيث لا يعود ثم فارق فيه اليوم بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب . فالجزاء واحد في الحالتين وهو البطلان ، بما يستتبع إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل .

---

(١) في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨ - صبايمان برقس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ ملحق داء ، أصول الالتزامات ، ج ١ في مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ٢٢٨ ، ص ٣١٠ - ولكن أنظر فيما يقترحه ، بعد انتقاد مسلك المنزع المصري ، من وجوب النص على مصادرة المبلغ المحكوم باسترداده لحساب الخزينة العامة ، ص ٣١٢ - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ، ص ١١٠ .

# الباب الثالث

## القسم القانون وفروعه

٢٤ - تمهيد

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة ، يعيننا منها الإشارة الى تقسيمين اثنين : الأول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والثاني هو تقسيم القانون الى قانون موضوعي وقانون شكلي .

ويقوم هذا التقسيم الأخير للقانون على أساس أن القانون الموضوعي يضع أحكاما موضوعية للعلاقات التي يتصدى لحكمها يحدد فيها الحقوق والواجبات المختلفة . بينما يقتصر القانون الشكلي على بيان الإجراءات الكفيلة بأعمال القانون الموضوعي وتطبيقه ، فقانون الإجراءات أو المرافعات المدنية والتجارية مثلا قانون شكلي ، لأنه يبين الإجراءات الواجب اتباعها في سبيل الحصول على ما يقرره القانون المدني والقانون التجاري - وهما قانونان موضوعيان - من حقوق .<sup>١</sup>

ولكن التقسيم الأول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسي للقانون (١) . وهو تقسيم تقليدي لا يزال مستقرا ومسلما في الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، إذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة في المعاملة بين الدولة صاحبة السلطان في الجماعة وبين الأفراد الخاضعين لهذا السلطان .

---

(١) قارن مع ذلك ما ينبغي اليه بعض الفقهاء من أن التقسيم الرئيسي للقانون هو تقسيمه الى موضوعي وشكلي أو اجرائي ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما ثانويا وثانيا له ( أحمد مسلم ، المثلث والواقع في التنظيم الوضعي للروابط الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥١ ، ص ٢٩ ، علمش ١٩٥٠ ) .

وسوف نقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيس للعلوم ، لنعرض لبدأ هذا التقسيم والفروع التي تندرج تحت كل من قسميه ، ولتلك التي تفتى إلى القسمين كما هي الآن واحد .

### المبحث الأول

#### التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص (١)

##### ٢٥ - تاريخ التفرقة

تعتبر التفرقة بين القانون العام (le droit public) والقانون الخاص (le droit privé) تفرقة تقليدية قديمة . فقد عرفها الرومان ، حيث كانوا ينظرون إلى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للمصالح العام ، وتعلو على المصالح الخاصة التي تترك الحرية للأفراد في سبيل تحقيقها تأكيداً للنزعة الفردية التي كانت سائدة حينئذ .

ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث أن اختلطت وانطسخت معالمها في المصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة في الجماعة .

غير أن تأكد سلطان الدولة وانتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية في مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح إعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص في صورة واضحة المعالم .

إلا أن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضي ، وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولة في مختلف شئون

(١) أهم المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé, Revue du droit public et de la science politique, 1932, pp. 904 - 979. — Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, pp. 136 - 142. — Riezler, Oblitération des frontières entre le droit public et le droit privé, Etudes Lambert, t. III, pp. 117 - 126. — Marty et Raymond, op. cit., Nos. 38 - 41.

وكتابنا سالت الفكر ، فترات ٢٩ - ٤٦ ، ص ٧٣ - ١٠٠ .

النشاط في الجماعة ، قد أوجد اختلافا وتداخلا كبيرا بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص في طريقها الى الزوال ، وإن انصر الحديث ، يشهد ظاهرة اجتياح القانون العام للقانون الخاص (١) .

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا (٢) . فلا يبنى لزيادة تدخل الدولة في شئون النشاط الفردي ، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد أمرة دون تركها محالا كبيرا لسلطان ارادة الأفراد ، أن مثل هذه القواعد تدخل في نطاق القانون العام ، إذ الاعتبار في هذا الشأن يكون لطبيعة ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا للصفة الأمرة أو الملزمة لمثل هذه القواعد . فقواعد القانون الخاص التي تتحدد صفتها الخاصة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلا يقلبها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد أمرة .

ولذلك فإن مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما يزال معتبرا الى اليوم مسلما به في الفقه الحديث بوجه عام (٣) .

### ٣٦ - مصير التفرقة

إذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت ، الى اليوم مسلحة ومستقرة في الفقه الحديث رغم ما تعرضت له من هجمات ،

(١) انظر في ذلك خاصة :

Savatier, Du droit civil au droit public, 1945 — Jossierand, La publication du contrat, Etudes Lambert, t. III, No. 145, pp. 142 - 158. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1981, Nos. 3 - 4, pp. 380 - 388.

(٢) راجع في ذلك :

Eisenmann, article précité, Nos. 9 - 29, pp. 913 - 923. — Roubier, op. cit., pp. 381, 392. — H. Massad, Défense du droit privé, Dalloz, 1948, chr., p. 17.

(٣) انظر مع ذلك مهاجمة مبدأ التفرقة :

علي البارودي ، في سبيل نظم قانوني موحه للمشروع التجاري العام ، مجلة الحقوق ، السنة الثانية عشرة - المذاهب الثالث والرابع ، ص ١٩٦ - ٢٠٧ .



«لا ان الوقوف على مصارعها ليس بالامر الهين حيث لا يزال اختلاف الفقهاء كبيرا في هذا الشأن »

ولعل المعيار التقليدى لهذه التفرقة ، هو ذلك الذى يقيمها على اساس الاشخاص اطراف العلاقات القانونية . فحيث يتعلق الامر بالدولة وعلاقتها بالافراد او بالمول الاخرى ، توجد بصدد القانون العام . وحيث يتعلق الامر بالفرد وعلاقته بغيره من الافراد ، توجد بصدد القانون الخاص<sup>(١)</sup> .

ومثل هذا المعيار ، ان كان صحيحا في ظاهره وفي النتائج التى تنفرع عنه في أكثر الفروض ، الا ان من العسير اعتباره صحيحا على الملاقاة . ذلك ان الدولة كثيرا ما تدخل في علاقات مع الافراد ، لا بصفتها صاحبة السلطة والسيادة في الجماعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنى عاى كبقية الأشخاص المعنوية الخاصة ، وحينئذ لا يتأتى منطقا اخضاع مثل هذه العلاقة لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعاً قواعد انقانون الخاص . فالدولة حين تقوّم مثلا باستقلال أموالها الخاصة - لا الأموال العامة - وتعقد عقودا في سبيل ذلك ، انما تظهر كشخص عاى لا كشخص عام يمثل السيادة في المجتمع ، ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ، كما يخضع لذلك أى استقلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من الافراد . ومن هنا يبدو عدم امكان الاعتماد على شخص الدولة كميّار فاصل للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

ومن أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة ، فقاموا على أساس اعتبار أن القانون العام قانون سيطرة أو قانون امر ، واعتبار القانون الخاص قانون حرية أو سلطان ارادة ، وبذلك يصبح الموضوع مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص<sup>(٢)</sup> .

---

(١) Montesquieu, De l'esprit des lois, éditions Garnier, t. I, chapitre III, p. 2.

(٢) انظر في هذا المعنى : Savatier, op. cit., pp. 5 - 2.

ولكن مثل هذا المعيار بدوره لا يعتبر صالحا من كل الوجوه ، فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة ، وانخضاع للفرد والكار لحرية الإرادة والاختيار ، فتم قواعد - كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية - لا يمكن أخضاها على هذا الأساس ، أو اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص (١) . ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضا وسلطان الإرادة ، إذ سلطان الإرادة يتوقف حتما أمام القواعد الأمرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، وهي قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص في العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك - كما سبق البيان - من قواعد القانون العام (٢) .

وتم معيار آخر يأخذ به بعض الفقهاء المحدثين - وهو نفس المعيار الذي كان معروفا عند الرومان (٣) - يتلخص في إرجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى اختلاف طبيعة المصلحة التي تهدف إلى تحقيقها أو حمايتها كل منهما . فالقانون العام هو الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة .

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهي حتما إلى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماش الحدود بينهما ، إذ من الصير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ولذلك فإن القانون العام إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة ، فإن تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذلك تحقيق بعض المصالح الخاصة ، وكذلك فلو كان القانون الخاص يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يعقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، إذ لا يتصور - والقانون يصمدى لتنظيم الحياة الاجتماعية - أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة إذا تعارضت مع المصلحة العامة

---

Elisenmann, article précité, pp. 928 - 929. (١)

(٢) انظر في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No. 29, p. 247.

Roubier, op. cit., No. 29, p. 243. — Du Pasquier, op. cit., No. 167. (٣)

للجماعة (١) . ولذلك ، فالزواج مثلا - وهو من أنظمة القانون الخاص - اذا كان يحقق مصالح خاصة فردية ، الا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الأسرة وتنظيم العلاقات بين أفرادها يعتبر في طبيعة المصالح العامة للجماعة .

وامام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر - يعتبر تنقيحاً للمعيار التقليدي الأول - هو معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية ، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً (٢) .

وهذا المعيار الأخير قد يكون قريباً الى الصواب ، وإن يكن لا يسلم كذلك من النقد (٣) . ولكنه على أى حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم ، إذ هو يخفي وراءه المعيار الذي نراه حقيقاً بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الأطراف فيها إنما تستمد من هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول أن القانون العام هو الذي يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص (٤) .

---

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. —  
Riesler, article précité, pp. 126 - 130. — Eisenmann, article précité,  
pp. 984 - 985.

(٢) في هذا المعنى :

Riesler, article précité, p. 121. — Eisenmann, article précité, p. 933, 964.

(٣) إذ يقال أن الأفراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون في تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، إنما تحكمهم - كما هو مسلم - قواعد القانون العام ، رغم أنهم لا يقومون في الواقع باستعمال حق السيادة ( انظر : Roubier, op. cit., No. 28, p. 258 )

(٤) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del  
Vecchio, op. cit., p. 288.

## ٢٧ - أهمية التفرقة<sup>(١)</sup>

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة في الفقه ، فإن أهميتها ليست محض أهمية نظرية ، بل هي كذلك عملية .

فالقانون العام - وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة - يزود السلطات العامة في الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فللسلطات العامة مثلاً اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به مما يدخل في اختصاص وظيفتها المباشرة ، كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد معينة تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل الخاص بعماله ومستخدميه ، إذ في الحالة الثانية حيث لا يتصل الأمر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانباً غير قليل من الحرية إزاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وأنهم يحكم بوظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطيل .

وتقرر مسئولية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة ومسئولية الموظفين فيها على أسس وقواعد مختلفة عن القواعد العامة المقررة في القانون الخاص بشأن مسئولية الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة .

وتخضع العقود التي تمقدها الإدارة غالباً لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقد في القانون الخاص ، فقد يثبت للإدارة منفردة

---

(١) راجع في ذلك :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 60.

عبد الحميد متولى ، الفصل في القانون الدستوري ، ١٩٥١ ، ص ٧ .

الحق في الفاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير في تنفيذه .

ولذلك فإن الحاجة تدعو - أمام اختلاف الأنظمة والقواعد القانونية بين القانون العام والقانون الخاص - إلى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء المادى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وبخاصة تلك المتصلة بنشاط الإدارة . وهذا هو الحال فى القانون المصرى ، حيث توجد محاكم إدارية إلى جوار المحاكم المادية .

#### ٢٨ - على التفرقة

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم ما تعرضت له من هجمات ، فإن ذلك لا يعطيها صفة مطلقة أو جامدة .

فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التى لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هى تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض . ولذلك كانت مجهولة فى الشريعة الإسلامية وفى القانون الكنسى الكاثوليكي . وهى فى العصر الحاضر ، إذا كانت معروفة مسلمة فى أغلب القوانين ، إلا أنها تكاد تكون مجهولة فى القوانين الأنجلوسكسونية (١) .

ويراعى من ناحية ثانية ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع من وجود فروع للقانون يستصحب اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، إذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة فى الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك . ووجود مثل هذه الفروع المختلفة للقانون ليس فيه ما يطمئن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص . وإذا كان الفقه يجرى عادة على إدراج بعض هذه الفروع المختلفة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم

انتمائها الى القانونين في آن واحد ، فما ذلك الا اعتيارا بالفرض الاساسى منها  
والصفة الغالبة لقواعدهما .

ويراعى أخيرا ، ان وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يعنى أنها تفرقة  
جامدة ثابتة الحدود<sup>(١)</sup> ، بل هى تفرقة مرنة تنضج في الزمان والمكان لما  
يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة في الجماعة .

### المبحث الثاني

#### فروع القانون العام

##### ٢٩ - تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين ، القانون  
العام الخارجى (Le droit public externe) ، والقانون العام الداخلى  
(Le droit public interne) . واذا كان القانون العام الخارجى ، وهو  
المعروف باسم « القانون الدولى العام » ، مشكوكا في اعتباره قانونا بالمعنى  
الصحيح ، فإن ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . اما القانون العام  
الداخلى ، فتتدرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة  
أو السليطة العامة في الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

#### المطلب الأول

##### القانون العام الخارجى

##### أو القانون الدولى العام

##### ٣٠ - متى اعتبار القانون الدولى العام قانونا بالمعنى الكامل

القانون العام الخارجى هو المعروف باسم « القانون الدولى العام »  
le droit international public ، ويقصد به الدلالة على مجموع القواعد

---

(١) في هذا المعنى :

De La Morandière, Introduction à l'étude du droit civil français,  
L'ouvrage collectif précité, t. I, p. 186.

القانونية التي تحكم علاقة الدول بعضها ببعض في الحرب والسلام على  
الحيواء .

والقانون الدولي العام منازع في اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، على  
أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ،  
وتخلف الجزاء الجبري عند مخالفة قواعده (١) .

ونظرنا الى هذا القانون - كما سبق البيان - انه قانون لم تتوافر له  
بعد صفة القانون الوضعي الكامل . ولكننا لا نؤسس ذلك على انعدام وجود  
هيئة تشريعية عليا تملك التشريع في المحيط الدولي ، فالتشريع ليس الا مجرد  
مصدر بين المصادر الرسمية الأخرى للقانون ، بحيث لا يفيد تخلفه عدم قيام  
القانون . ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد  
قيامها ، يستطيع العرف الدولي أن يلزم الدول بالقواعد القانونية في شأن  
علاقاتها بعضها ببعض .

وانما نؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولي العام على الواقع المسلم  
من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعي ، وهو شرط  
جوهري لوجود قانون بالمعنى الكامل (٢) كما سبق البيان . فلا توجد بعد في  
المجتمع العالمي هيئة تنزل الدول منها منزلة الأفراد من الحكومات فيكون لها  
من القوى المادية القاهرة ومن السلطات على الدول جميعا ، ما تملك معه  
توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولي العام . فالى حين وجود  
سيادة عالمية موحدة تملو السیادات الوطنية المتعددة وتملك عليها حق الأمر  
والجبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية  
وضعية كاملة أى قواعد مطبقة فعلا في المحيط الدولي ، لأنها ليست بعد

(١) انظر في عرض هذا الرأي المنسوب الى الفقيه الانجليزي لوستن :  
Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 127 - 129. — Gray, The nature and  
sources of the law, 1948, pp. 120, 121.

(٢) قانون مع ذلك :

على سائق أبو صف ، القانون الدولي العام ، ط ٦ ، ١٩٦٣ ، ص ٢٨ ، ص ٨١ و ٨٢ .  
— حامد سلطان ، القانون الدولي العام في وقت السلم ، ط ٤ ، ١٩٦٩ ، فئات ٧ و ٨ ، ص ١٧ .  
— محمد حافظ غانم ، مبادئ القانون الدولي العام ، ١٩٦٨ ، فترات ٣٦ و ٣٧ ، ص ٨٦ - ٨٨ .  
( م ٥ - المختل الى القانون )

بالقواعد الملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن نجد اجبارا جماعيا يجعلها على احترام أحكامها . فهي قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت اليه قواعد القانون الداخلى (١) .

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالمية لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالتزام الجبرى لقواعد القانون الدولى العام ، ولكنها باءت كلها بالفشل حتى الآن . فليس فى وجود « الامم المتحدة » القائمة حائيا ما يعنى وجود مثل هذه الهيئة . فهي قد لا تضم الدول جميعا ، ولاى دولة من اعضائها حق الانسحاب منها ، وهى لا تباشر على اعضائها من الدول سلطات سيادة بالمعنى الصحيح ، وقرارات جميعيتها الصومية بمشابة التوصيات ، وقرارات مجلس الأمن فيها عرضة للمتعطيل بما تملك بعض الدول من اعضائها الدائمين - وهى الدول الكبرى التى تنجرا عادة على مخالفة قواعد القانون الدولى - من حق الاعتراض عليها .

### المطلب الثانى

#### القانون العام الداخلى

#### ٣١ - تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق سيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكم ما يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف

(١) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, op. cit., No. 36. — Gray, pp. 121, 122.

محمد على امين ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ .

وفقهاء القانون الدولى العام أنفسهم لا ينكرون ذلك . فيضطهم يؤكد ان « القانون الدولى - اذا ما قورن بالقانون الداخلى - يبدو نظاما ناقصا يوزع الضبط والكمال » ( محمد سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٧ ، ص ١٧ ) - ويسمى بعض آخر بان « جزء قاعدة القانون



لموضوعات التي يعرض لها ، هي : القانون الدستوري ، والقانون الإداري ،  
والقانون المالي ، والقانون الجنائي أو الجزائي . فنعرض فيما يلي بإيجاز  
لهذه الفروع المتحدة .

### ٣٣ - القانون الدستوري

نجد القانون الدستوري (le droit constitutionnel) في الطبيعة  
من فروع القانون العام الداخلي ، فهو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم  
في الدولة ، وتبين السلطات السامة فيها وهي عادة السلطة التشريعية  
والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها  
وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ما للأفراد  
من حريات عامة وحقوق قبل الدولة التي تلتزم بكفالتها واحترامها .

وقد سبق أن أشرنا الى تشكيل بعض الفقهاء فيما للقانون الدستوري  
من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالتزام الواجبة لكل  
قواعد القانون . اذ لا يتصور فيما يقولون - والدولة هي التي تملك وتحتكر  
سلطات الجزاء والاجبار - أن تشرعه في وجه نفسها ان خالفت قواعد ذلك  
القانون(١) . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما  
قانونيا بالمعنى الصحيح ، وانما هو التزام أدبي أو أخلاقي محض لا يجد جزاء  
على خرقة الا مجرد جزاء أدبي أو أخلاقي كذلك(٢) .

الدول جزاء غير منظم وضعيف » ( محمد حافظ غانم ، فقرة ٣٢ ، ص ٨٨ ) . ويخرف بعض  
ثالث بأنه في مجال القانون الدولي العام « لا يمكن أن تنكر أن الحاجة الى تطوير الجزاء في  
مناه التقليدي حاجة ماسة » ( محمد طلعت التينبي ، الأحكام العامة في قانون الأمم ، قانون  
السلام ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٨ ) .

ولكن قاون ما يذهب اليه بعض آخر منهم من تأكيد المسئلة الوضعية لقواعد القانون  
الدولي العام لاقرانها بما أضفت عليه الدول الكبرى التي وضعت هذه القواعد من الجزاء . وأن  
من صور هذا الجزاء أعمال الانتقام ( محمد سليمي عبد الحيد ، أصول القانون الدولي العام ،  
ج ١ القاعدة الدولية ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ ص ٧٧ - ٩٧ وفترة ٢٢ ، ص ١٧٠ - ١٧٣ ) .  
ولكن لا يخفى ما يعنيه هذا النظر من أن تصبح القوة هي أساس القانون الدولي العام وليس  
العدل ، ومن أن تملك الدول الكبرى التحلي من قواعده كما تشاء !!!

(١) انظر في الإشارة الى هذه الحجة :

Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) يقول بهذه الحجة الفقيه الإنجليزي « لوستن » Austin : انظر في الإشارة الى ذلك :

سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستوري ، ص ٩ .

وهذا النظر نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستوري من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجبار في فروع القانون الأخرى . فالقانون الدستوري يفترض وجود سلطات مختلفة في الجماعة ، ولما كانت مخالفة قواعد قد تقح من إحداها فالجزاء أو الاجبار لا يتصور إذن الا في صورة رقابة متبادلة بين هذه السلطات . فيكون للسلطة التنفيذية مثلا حق حل المجلس التشريعي ، ويكون للمجلس التشريعي حق اسقاط الحكومة المثلة للسلطة التنفيذية ، ويكون للمحاكم حق إلغاء التشريعات المخالفة للقانون أو الدستور ، أو في الأقل حق الامتناع عن تطبيقها ، فان لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الأمر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستوري بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة فيصورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون وإعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من إقامة نظام عادل في الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها . فليس القانون هو قانون الدولة تحلل من احترامه كما تشاء ، انما الدولة هي « دولة القانون » تلتزمه وتتقيد بأحكامه . ولذلك فان الاجبار متصور في حق السلطات العامة التي تخرق القانون . فيملك الأفراد مقاضاتها والتوصل الى إبطال أو اصدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ، وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية - طبقا لوظيفتها - بالقيام بتنفيذ الأحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها . ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأي ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستوري .

### ٣٣ - القانون الإداري

يقصد بالقانون الإداري *droit administratif* مجموع القواعد التي تحكم تكوين السلطة الإدارية ونشاطها في أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام ، وتذرعها في سبيل ذلك بحقوق وامتيازات السلطة العامة التي لا يتمتع بمثلها الأفراد . ويمتضى هذه الحقوق والامتيازات ، تمارس السلطة الإدارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات .

و ضمانا لحقوق الأفراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو الإدارة بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، لا بد من إيجاد وسيلة فعالة للرقابة على الأعمال والأوامر الإدارية ، بما يمكن - في حال عدم مشروعيتها أو انحرافها - من إلغائها أو وقف تنفيذها أو التمييز عن الأضرار الناشئة عنها بحسب الأحوال .

وإذا كانت السلطة القضائية العادية تبدو مهيأة لتحقيق مثل هذه الرقابة ، إلا أنه يترض على ذلك عادة بيمدأ فصل السلطات ، بما يعنيه من وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل في أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه السلطة الأخيرة من أداء وظيفتها في حرية واستقلال .

لذلك جرى الحال في كثير من الدول الحديثة - وبخاصة فرنسا - على إنشاء هيئة مستقلة لتحقيق مثل هذه الرقابة تكون جهة قضاء إداري مستقلة . وقد سلكت مصر هذا المسلك منذ وقت غير بعيد . فأنشأ المشرع المصري « مجلس الدولة » سنة ١٩٤٦ ، ويتألف هذا المجلس حالياً من ثلاثة أقسام هي : قسم الفتوى وقسم التشريع (١) ، والقسم القضائي الذي يضم أساساً ما يعرف باسم « المحاكم الإدارية » على اختلاف درجاتها وأصبح يضم كذلك « المحاكم التأديبية » (٢) . وقد نهضت « المحاكم الإدارية » منذ نشأتها بواجبها في رقابة الأعمال والأوامر الإدارية على وجه يمنع انحراف الإدارة ويكفل حقوق الأفراد .

#### ٣٤ - القانون المالي

كان يعتبر داخلاً في نطاق القانون الإداري إلى قريب ما يسمى بالقانون المالي *le droit financier* على اعتبار أنه يتضمن القواعد التي تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه إنفاقها ، وبيان إيراداتها ومصادر هذه الإيرادات المختلفة . ولكن القانون المالي استقل اليوم عن القانون الإداري وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام الداخلي .

---

(١) أصبح هناك اثنان مضمينين فيتمتعان بالتعديل الذي أدخله المشرع على قانون مجلس الدولة بالقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٩ بعد أن كانا متمتعين منذ نفاذ القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ . وقد أعاد المشرع بهذا الانفصال الوضع الذي كانه لائناً قبل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، وقد أكد المشرع هذا الانفصال في قانون مجلس الدولة الجديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) م ٣ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ سابق الذكر .

### ٣٥٠ - القانون الجنائي

و يدخل كذلك في نطاق القانون العام الداخلي ، القانون الجنائي (le droit criminel) . وهو يتفرع الى الفرعين الآتيين :

١ - قانون العقوبات (le droit pénal) وهو يتضمن قواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسؤولية الجنائية وظروف الاعفاء أو التخفيف منها . وسنرى من بعد أن هذه القواعد لا تفرض الا بنص تشريعي ، فليس للعرف في فرضها أدنى نصيب .

وإذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلي<sup>(١)</sup> الا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانونا مختلطا يدخل - في نفس الوقت - في نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء<sup>(٢)</sup> . إذ يرون أن قانون العقوبات إذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذه الوجهة من فروع القانون العام ، الا أنه في أغلب قواعده إنما يعاقب على جرائم تقع على الأفراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة . فضلا عن أن أعمال قواعد هذا القانون بالمطالبة بالعقاب ليس وقفا على السلطة العامة في الجماعة وحدها ، بل إن للأفراد كذلك في بعض الحالات الحق في هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية ، وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الأفراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلا من هذا الوجه في نطاق القانون الخاص ، وهو ما يبرر اعتباره في مجموعه قانونا مختلطا .

ولكن هذا الرأي محل نظر . فإدعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومهما كان الضرر الناشئ عنها واقعا مباشرة على الأفراد أنفسهم أو على حقوقيهم

---

(١) Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I, 3ème éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres, Traité du droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème éd., No. 2.

محمد كامل مرسي والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصري الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٩ - عبد الرزاق السنهوري وحشيت أبو مشيت ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٦ - عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٦ - السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٦٧ ، فقرة ٣ - محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ١٩٦٤ ، فقرة ٢ .

(٢) Roubier, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 48, p. 70.

ومصالحهم الخاصة . انما تعتبر موجة ضد الجماعة اذ هي اخلال خطير بالأمن .  
والطائفية فيها . ومن أجل ذلك ، كانت السلطة العامة في الجماعة هي  
المستقلة أصلا ببشارة الدعوى العمومية ضد المجرم للمطالبة بمقابه . فلا  
يملك المجنى عليه - الا في أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها في هذا  
الشان - رفع هذه الدعوى أو النزول عنها أو اعفاء المجرم من المقاب بالصفح  
عنه ، اذ الدعوى العمومية والمقاب انما هما حق المجتمع لا حق المجنى  
عليه (١) .

والواقع أن قانون العقوبات انما يمس في الصميم حق السيادة في  
الجماعة ، اذ هو بتصديده لتحديد الجرائم وتعيين العقوبات انما يضع أسس  
الأمن في الجماعة وعلاقة الفرد بالدولة المثلثة للجماعة عند خرق هذه الأسس ،  
وليس أوثق من هذه الأسس ولا من تلك العلاقة اتصالا بحق السيادة  
الداخلية ، فيكون هذا القانون بهذه المثابة فرعاً من فروع القانون العام .

## ٢ - قانون الإجراءات الجنائية droit d'instruction criminelle :

وهو يتضمن قواعد شكلية تبين إجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها  
وإجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها . فهو اذن  
قانون شكلى أو إجرائى يلزم وجوده لأعمال وتطبيق القانون الموضوعى أى  
قانون العقوبات ويتبهم في صفته فيعتبر مثله من فروع القانون العام (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste. Introduction générale à l'étude du  
droit, 1947, No. 150. — Garrand, *ibid.*

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، عبد الفتاح عبد الباقي ، الموضع السابقة .  
محمود جمال الدين ذكرى ، المرجع السابق ،قرة ٩٥ . - محمود محمود مصطفى ، الموضع  
السابق .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية قانوناً مختلطاً  
تقريباً على ما يرويه في هذا الشأن خامساً بكل قوانين الإجراءات (Roubier, *op. cit.*, p. 204).  
بينما يذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن صفات القانون . باعتباره قانوناً شكلية ، لا يمثل في  
نطاق القانون العام ولا في نطاق القانون الخاص ( أحمد مسلم ، المجلد السابق ، ص ٧٩  
عشر رقم ١ ) .

## المبحث الثالث فروع القانون الخاص

### ٣٦ - تعريف وتمهيد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التي لا تتصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة في الجماعة . فالدولة حين تدخل في علاقات بصفتها شخصاً معنوياً عادياً لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

والقانون المدني هو أساس القانون الخاص ، غير أن ثم فروعاً أخرى تفرعت عنه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدني ، نظراً لاتصالها بهئية أو نشاط معين ، كالقانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل .

### ٣٧ - القانون المدني

دعامة القانون الخاص هو القانون المدني *le droit civil* ، إذ هو الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد في فروع القانون الخاص الأخرى قواعد بشأن العلاقات التي تحكمها فضلاً عن أنه يتوجه إلى جميع الأفراد دون استثناء ، إذ هو يتوجه إليهم بصفتهم أفراداً دون نظر إلى اختلاف طوائفهم ومهنهم على خلاف الفروع الأخرى للقانون الخاص . فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الأحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الأحوال المعينية .

غير أن قواعد الأحوال الشخصية ما تزال ، في القوانين العربية المختلفة عموماً ، خارجة عن نطاق القانون المدني خضوعاً للتقاليد القديمة المستقرة التي تترك حكمها للأديان المختلفة . ولذلك لا يتضمن التقنين المدني المصري أساساً إلا قواعد الأحوال المعينية وحدها دون قواعد الأحوال الشخصية .

### ٣٨ - القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى : *le droit commercial* ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية .

وقد دعا الى ظهور القانون التجارى - كفرع مستقل من فروع القانون الحاصى - ازدياد التجارة وانتشارها والحاجة الى تنميتها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة فى القانون المدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان . ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الأخير معتبرا هو الأصل والأول هو الفرع ، فحيث تفتقد فى القانون التجارى قواعد خاصة ببعض العلاقات التجارية ، ترد الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة .

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عامل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها طليقا من قيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن القضائية . وهذه القاعدة انى تملئها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف المقرر عموما فى المعاملات المدنية من تطلب الاثبات بالكتابة فى شأن وجود أو انقضاء التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على قدر معين .

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يقصد من ورائها كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية من قوة ائتمان ، القاعدة التى تقضى بافتراس التضامن بين المدينين افتراضا لا يحتاج الأمر معه الى اتفاق أو نص فى القانون عليه . فهذه القاعدة تمكن الدائن فى المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقبله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته فى الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم فى المطالبة . وهذه القاعدة التى تملئها ضرورة زيادة ضمان الدائن واثمائه فى المعاملات التجارية ، ترد على

خلاف الأصل المقرر في المعاملات المدنية من أن التضامن بين المدينين لا يستنتج أو يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ( م ٢٧٩ مدني ) .

وإذا كان القانون التجارى مسلماً باعتباره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهاء الحديثين رغم ذلك إلى اعتباره قانوناً مختلطاً ، على أساس أن بعض قواعده - إلى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص - تتصل بالقانون العام ، كذلك التي تتمرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وأنظمة التجارة الخارجية والجمارك (١) . ولكن هذا الرأي يفشل أن هذه القواعد إنما تدور كلها حول النشاط التجارى الخاص للأشخاص ، فضلاً عن أنها تندرج في الواقع تحت بعض فروع انقانون العام فلا تعتبر جزءاً حقيقياً من القانون التجارى رغم تعلقها بالتجارة .

#### ٣٩ - القانون البحرى

يقصد بالقانون البحرى (le droit maritime) مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية . فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحرى بقواعده الخاصة ، وللمستولية مالك السفينة ، وللاتمان البحرى من رهن وامتياز ، وللنقل البحرى وما يتصل به من مسئولية الناقل ، وللتأمين البحرى .

وموضوعات هذا القانون ، تجسده - كما هو واضح - فرعاً من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء . ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر إليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثم أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانئ والإرشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها (٢) .

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44, p. 67. — Roublier, (١)  
op. cit., No. 30, p. 226.

Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 68. (٢)



ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد ، ان كانت تنس الملاحة البحرية -  
فهي أدخلت في نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الإداري والقانون  
الدولي العام ، منها في نطاق القانون البحري .<sup>١</sup>

#### ٤٠ - قانون العمل

يقصد بقانون العمل (le droit du travail) ، مجموع القواعد  
القانونية التي تحكم العلاقات القانونية المنطقة بالعمل التابع للمأجور أى  
بالعمل الذى يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت  
توجيههم ورقابتهم . وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبيا .  
فقد خلقت الثورة الصناعية ، التي حدثت في العالم عقب استعمال الآلات  
الحديثة ، طبقة جديدة في المجتمع هي طبقة العمال ، وكان المذهب السائد  
حينئذ هو المذهب الفردي بما يستتبع من مبدأ سلطان الإرادة . وسرى من  
بعد ما جره اتباع مثل هذا المبدأ وذلك المذهب من تحكم الأقوياء في الضعفاء  
واستغلال أرباب الأعمال للعمال باسم الحرية والمساواة في التعاقد والاتفاق .  
ولم يكن بد أمام ما بدا من هذا التحكم ، وأمام ما أخذ يظهر ويكبر من قوة  
العمال وخطر ما يملكون من وسائل للدفاع عن حقوقهم ، لم يكن بد من أن  
يكتب النجاح للمذهب الاجتماعي أو الاشتراكي ، أو بوجه عام للمذاهب التي  
تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان  
الإرادة سلاحا في يد أرباب الأعمال يشهرونه في وجه العمال نظرا لما يملكون  
من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من إملاء ما يريدون من شروط .

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا في التصدي  
بنصوص آمرة لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال بما يكفل حقوق  
الطبقة العاملة . وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل وتسمته بكيان ذاتي  
كفرع مستقل من فروع القانون (١) .

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جد ضئيل في مطلع القرن

---

(١) راجع في نشأة وظهور قانون العمل : كتابيا « اصول قانون العمل » الجزء الأول في  
قانون العمل - الطبعة الثانية ١٩٦٩ ، ص ٢٤ وما بعدها »

الحال عندما ابتداء ظهور الصناعة فيها . ثم أتبع لحركة التشريع العمالي ان تنشط فيها قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية واثنامها وأن تزداد بعدها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمال . ولكن تشريعات العمل ظلت تشريعات منفردة متناثرة تقتقد التنسيق الواجب بينها . ثم تمكن المشرع عقب قيام الجمهورية العربية المتحدة من انهاء هذا الوضع ومن التطور بتشريع العمل والتطور المناسب للوعي الاشتراكي النامي ، فأصدر تقيينا أو تشريعا جامعيا لمسائل العمل، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المسمى « قانون العمل » (١) ، ثم حل محله القانون الحالي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ .<sup>٢</sup>

ورغم أن الأصل هو اعتبار قانون العمل فرعاً من فروع القوانين الخاص ، إلا أن بعض الفقهاء اعتبره من فروع القانون العام بالنظر الى طيفان القواعد القانونية الآمرة فيه . ولكننا سبق أن أظهرنا عدم جدوى الاعتماد بالصفة الآمرة لقواعد قانون ما لتكييفه بأنه من فروع القانون العام .

وذهب بعض آخر من الفقهاء الى اعتبار قانون العمل قانوناً مختلطاً ينتمى الى القانون العام وإلى القانون الخاص على السواء ، اذ رغم انتماء قانون العمل الى القانون الخاص لقيامه على أساس وجود علاقة من علاقات العمل الفردية الخاصة ، فإن بعض نظم وقواعده التي تمنح عنها تطوره الحديث تتعلق بالقانون العام ، مثل : نظام مكاتب تخديم أو تشغيل العاطلين ، ونظام التحكم في منازعات العمل الجماعية ، ونظام التفتيش على أماكن العمل ، وقواعد التجريم والمقوبات في شأن مخالفة أحكامه (٢) .

وإذا كان صحيحاً تعلق مثل هذه النظم والقواعد بالقانون العام ، إلا أنها أدخلت في الواقع في نطاق بعض فروع القانون العام المعروفة — كالقانون الإداري وقانون المقوبات — منها في نطاق قانون العمل رغم جمعها مع قواعد قانون العمل المؤهوية في صميم واحد خضوعاً لمتطلبات

(١) راجع في تطور قانون العمل في مصر : كتابنا « اصول قانون العمل » سابق الذكر .

ج ١ ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 36, p. 257. — Marty et Raymond, op. cit., t. I, No. 46.

— Durand et Jeanneney, Traité de droit du travail, t. I, 1947, Nos. 399-400.

الدراسة أو التشريع . فضلا عن أن النشاط في تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الأساسية الأصلية بالنظر الى ما تحكمه من موضوعات ، رغم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة ، وواضح أن المحور الأساسي لقانون العمل ، وهو الذى تدور حوله حتى مثل هذه النظم والقواعد ، إنما يتركز فى علاقات العمل وهي علاقات خاصة لا تتعلق بحق السيادة فى الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، ولذلك يجب اعتباره على هذا الأساس فرعاً من فروع القانون الخاص (١) .

### المبحث الرابع

### فروع القانون المختلطة

#### ٤١ - تقسيم

سبق أن أشرنا الى أن بعض فروع القانون تنتمى الى القانون العام وإلى القانون الخاص معا ، فتكون مختلطة النوع ، وإلى أنه ليس فى وجودها على هذا النحو ما يطمئن أو ينقض التفرقة الأساسية بين القانون العام والقانون الخاص . ورغم كثرة فروع القانون التى يسبغ عليها البعض الصفة المختلطة . لا نرى هذه الصفة ثابتة فى الحقيقة الا للقانون الدولى الخاص ولقانون المرافعات المدنية والتجارية .

#### ٤٢ - القانون الدولى الخاص

الأساس فى القانون الدولى الخاص (Le droit international privé) أنه يتصدى لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق فى شأنها .

فالقانون الدولى الخاص إذن يفترض وجود علاقات أو روابط قانونية

(١) راجع فى ذلك :

كتابنا « اصول قانون العمل » سابق الذكر . ج ١ ، ص ٦٥ و ٦٦ - وكتابنا « اصول

القانون » ، هـ ، ص ٥٩ و ٦٠ .

ذات عنصر أجنبي . ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية في كل عناصرها لا تثير أي خلاف حول الاختصاص القضائي والاختصاص الشرعي في شأنها ، فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت إلا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون هو القانون الوطني وحده بقواعده المرصوعة والشكلية . وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هي المختصة ويكون القانون المصري وحده هو الواجب التطبيق في شأن زواج يعقد في مصر بين مصريين وفي شأن بيع يعقد بين مصريين في مصر ويكون واردا على عقار موجود في مصر ، وفي شأن ميراث مصري يتوفى في مصر عن أموال موجودة فيها .

أما ينشأ الخلاف بصدد العلاقات والروابط التي بصطبح أحد عناصرها بصفة أجنبية ، إذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الأجنبية على الولاية القضائية في المنازعات الناشئة عنها . ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطني والقانون أو القوانين الأجنبية على أيها أحق بالتطبيق في شأنها .

فإذا تم زواج في فرنسا مثلا بين مصري ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هي المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الفرنسية هي المختصة باعتبارها محاكم الدولة التي تم فيها عقد الزواج ؟ وإذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فأى قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصري باعتباره قانون جنسية أطراف العلاقة ؟ أم تطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة ؟ . وإذا باع ألماني إلى مصري عقارا موجودا في إيطاليا وتم عقد البيع في مصر وثر نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فلأى من المحاكم : المصرية أو الألمانية أو الإيطالية ، يثبت الاختصاص بنظره ؟ . وإذا ثبت الاختصاص لأحدها فأى قانون تطبق ؟ القانون الإيطالي باعتباره قانون موقع المقار محل العلاقة القانونية ؟ أم القانون المصري باعتباره قانون جنسية المشتري وقانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة أي قانون الدولة التي عقد فيها عقد البيع ؟ . أم القانون الألماني باعتباره قانون جنسية الطرف الآخر في العلاقة وهو البائع ؟ .

فكيف يتم حل النزاع على الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط ذات العنصر الأجنبي ؟ لا توجد في الواقع قواعد دولية أى عالمية تتصدى لحل مثل هذا النزاع حلا موحدًا تتبعه كل الدول . وإنما جرى الأمر على استقلال كل دولة على حدة بوضع القواعد التي تراها كفيلة بحل هذا النزاع ، وهذه القواعد هي التي تكون أساسًا ما يعرف باسم « القانون الدولي الخاص » . وغنى عن البيان أن في وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجاوزًا كبيرًا ، فليست هي بالقواعد المتبعة على شكل موحد في كل الدول حتى يصدق في شأنها هذا الوصف ، بل هي مجرد قواعد وطنية تستقل كل دولة بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولي الخاص المختلف عن القانون الدولي الخاص في أى دولة أخرى فهناك القانون الدولي الخاص المصري والقانون الدولي الخاص الإنجليزي والفرنسي وهكذا .

وقواعد القانون الدولي الخاص في دولة ما ، إنما تقتصر - في سبيل حل النزاع على الاختصاص القضائي بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي - على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية في هذا الشأن ، أى تقتصر على مجرد بيان ما إذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تمدد ذلك في حال عدم اختصاصها إلى تعيين المحكمة أو المحاكم الأجنبية المختصة .

ويختلف الأمر عن ذلك في صدد النزاع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الأجنبي ، إذ تعتمد قواعد القانون الدولي الخاص في كل دولة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطني في هذا الشأن بل تعين - في حالة عدم ولايته - القانون الأجنبي الواجب التطبيق . ويطلق على قواعد القانون الدولي الخاص ، التي تتصدى لحل النزاع بين القوانين بتعيين القانون الواجب التطبيق من بينها ، اسم « قواعد الإسناد » (Règles de rattachement) . وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهي لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي حلاً موضوعيًا ، وإنما تقتصر على مجرد الإحالة والإسناد في شأن هذا الحل إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها ، أى أن

قواعد القانون الدولي الخاص اذن لا تفصل مباشرة في المنازعات ذات العنصر الاجنبي ، بل تكتفي بتعيين القانون الواجب التطبيق في شأنها ، وهو الذي يتضمن وحده الحل الذي ينحسم به موضوعها . فمثلا اذا تورق امرى متوطن فى مصر ، وعينت قواعد القانون الدولي الخاص المصرى لى قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن بانه القانون الأمريكى ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركة الأمريكى المتوفى ، وانما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الأمريكى الموضوعية المتعلقة بالميراث والوصية .

ومن امثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدنى الحالى من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » ، وما تنص عليه المادة ١٥ منه من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » . وما تنص عليه المادة ١٧/١ منه من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

ولئن كان القانون الدولي الخاص يشتمل أساسا على موضوعى تنازع الاختصاص القضائى « و » تنازع القوانين ، الا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل فى نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « حالة الأجانب » و « الوطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الإضافية ليست الا مسائل أولية بالنسبة للموضوعين الأساسيين ، فلا بد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة فى عنصرها الشخصى وطنية أو أجنبية . ولا بد من تعرف مدى ما يباح لأجانب التمتع به من حقوق – اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون – لتمكن الحكم لهم بها فى المنازعات التى يكونون أحد أطرافها ، وهى التى تنص على قواعد القانون الدولي الخاص لحل التنازع على الاختصاص القضائى والتشريعى بشأنها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتمين به الاختصاص القضائى أو التشريعى . وتتفق القواعد القانونية التى تحكم هذه الموضوعات الإضافية مع القواعد التى تحكم الموضوعين الأساسيين فى أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد .

ولعل كون الأساس في قواعد القانون الدولى الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبى تنص على حل النزاع بين القوانين على حكيما ، هو الذى يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعاً من فروع القانون الخاص (١) ، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائى وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمرکز الأجانب فى الدولة تنصل اتصالاً وثيقاً بحق السيادة فى الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام .

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولى الخاص على هذا النحو الذى يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلاً عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء قد يرجع النظر الحديث إليه باعتباره قانوناً مختلطاً (٢) .

#### ٤٢ - قانون المرافعات المدنية والتجارية ..

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية Le droit de procédure civile et commerciale فى معناه الواسع مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ، والمبينة للإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية التجارية والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ولكن إذا أخذ هذا القانون بمعناه الخاص أو الضيق ، فإن نطاقه يقتصر على مسائل الإجراءات وحدها ،

(١) فى هذا الحسى :

Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949,

III, II.

(٢) فى هذا الحسى :

Larabour-Epigonnière, Précis de droit international privé,

4ème éd., No. 48. Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى - الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ - محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .

وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجوده لعمال قواعد القانون المدني والتجاري الموضوعية .

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه بتراوجه بين المعنى الواسع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختلافنا بينا فى الفقه حول طبيعة هذا القانون وتبعيته لأحد التقسيمين الرئيسيين ، فذهب كثير من الفقهاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص<sup>(١)</sup> ، وذهب البعض منهم الى اعتباره من فروع القانون العام<sup>(٢)</sup> .

ولكن يبدو أن مسائل وموضوعات هذا القانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والترابط بحيث ينبغى عدم الفصل بينها أو أخذ هذا القانون بالمعنى الضيق وحده . ولذلك يبدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو مختلطا<sup>(٣)</sup> ، فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطة القضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لاجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها .

---

Colin, Capitant et Le La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947, No. 7. (١)

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو متهيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ . - عبد الفلاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ . - محمى على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .  
Riesler, Article précité, pp. 134, 135. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 151. (٢)

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٧٠ ، فقرة ١٠ . - محمد على امام . محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٨ ، ص ٩٢ . - رمزي سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة التاسعة ، ١٩٦٩ - ١٩٧٠ ، فقرة ٤ .



القسم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية



#### ٤٤ - تقسيم

عرضنا في الباب التمهيدي للقانون ، كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الأفراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة • ونستهدف الآن التعرف على الأصول التي تحكم المساعدة القانونية وتهمين عليها أيا كان نوع هذه المساعدة أو مصدرها • وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية في مرحلة تكوينها ثم في مرحلة تطبيقها •

وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :

- الفرع الأول - في تكوين القاعدة القانونية •
- الفرع الثاني - في تطبيق القاعدة القانونية •



الفرع الأول  
تكوين القاعدة القانونية



## مقدمة

٤٥ - تمهيد

نبذو القاعدة القانونية أول ما تبلى في صورة تكليف الى الأفراد تتوجه به سلطة (١) تملك التكليف والأمر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة في الجماعة عن طريق ما يتوافر لها من قوى مادية لا تغلب . وتوجيه التكليف من سلطة مختصة أمره وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة ، هو ما يعطى للقاعدة القانونية صفة الوضعية أو الفعلية .

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية ؟ • ومن أين تأتياها صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ظلها فرضاً على الأفراد ؟ •

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافاً بينا • فبعضهم شكليون لا ينظرون إلا الى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود في صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التي اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالتزام في العمل • ولكن هذا النظر سطحي بحيث يتعنى بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية • ومن هنا ، ينبغى التمييز - في تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل • وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ اكدها في مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسي « جيني » بتفرقة بين ما سماه « العلم »

---

(١) المقصود بلفظ السلطة هنا المعنى السام الواسع ، أى كل جهة تملك حق التكليف بالقواعد القانونية : إما كانت هذه الجهة : فقد تكون هي الدولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع ، أو تكون هي الجماعة عن طريق العرف ، أو تكون هي القدرة الإلهية عن طريق الوحي وباسم الدين •

(La science) وبين ما سماه « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique) وهو ما ينتهي الى رد تكوين القاعدة القانونية الى برعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية . ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى .  
فنعرض أولا للمذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنقد هذه المذاهب وهو ما ينتهي الى استبعادها والتفريق بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها ، فيرسم أمامنا - في ضوء هذه التفرقة - نهج البحث في هذا الفرع .

#### ٤٦ - المذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية<sup>(١)</sup>

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يبعثوا من القانون الا صفته التوضعية ، اذ رأوا ما يظهر في الواقع من سلطة تآمر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هي السلطة التي تملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون ، فقالوا ان القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان في المجتمع . فالدولة في هذا النظر اذن هي التي تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الأفراد جيروا باتباعه .

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحي . فلا قانون الا ما تعتبره الدولة كذلك اما بأمر يصدر منها صراحة في صورة تشريع أو باقرار منها لأمر جرت به ارادة أخرى كإرادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفائتها له بجزء توقعه على من يخالفه . فالقاعدة القانونية اذن ليست شيئاً كامناً في طبيعة الحياة الاجتماعية وما يهيمن عليها من مثل علبا ، ولكننا شيء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيتها .

---

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Roubier, op. cit., No. ٤, pp. ٤٢ - ٥٠. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, ٣e éd. ١٩٢٧. No. ٩, pp. ١٠٠ et s.



وقد ذهب هذا المذهب في تصور القانون غير قليل من الفلاسفة والفقهاء ، على اختلاف يسير في الجزئيات لا ينتقص من اتفاقهم على مبدأ رد القانون الى مشيئة الدولة . ونكتفي فيما على بمرغز مذهب كل من الفيلسوف « هيجل » والفقيه « أوستن » (١) .

### ( ١ ) مذهب « هيجل » :

كان الفيلسوف الألماني هيجل (Hegel) - وهو صاحب مذهب تاليه أندرة وتظيم سلطانها (٢) - على نحو تبعة فيه أغلب الفقهاء الألمان فيما بعد - يرى أن وجود الدولة أمر جوهري لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضى أن يتلشى الأفراد في الدولة وأن يخضعوا خضوعاً تاماً لها . فإرادة الدولة هي التي يجب أن تسود ، لتحل النظام في الجماعة محل الفوضى وتعرف للأفراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الأفراد .

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته - عند هذا الفيلسوف - من صدوره عن الدولة ، بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن إرادتها أو في الأصل لا يحظى باقرارها (٣) ، وبحيث لا يتصور أن يكون للأفراد حقوق الا تلك التي تقرها الدولة وتتعرف لهم بها (٤) .

### ( ٢ ) مذهب أوستن :

وكذلك كان الفقيه الانجليزي أوستن (Austin) لا يرى القانون الا

(١) وهناك مذاهب شكلية أخرى من أهمها مذهب « كلسن » Kelsen الذي كان يخطط خطأ تاماً بين القانون والدولة ، فيعتبر الدولة مجموعة من القواعد القانونية ( راجع في عرض مذهب وانتقاده : كتابنا أصول القانون ، ص ١١٠ - ١١٢ ) .

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 51, p. 582.

(٣) اذا كان هيجل يعتبر القانون إرادة الدولة في الداخل ، فإنه يعتبره كذلك إرادتها في الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الأخرى . سيادة الدولة ليست داخلية فحسب ، ولكنها خارجية كذلك ، إذ لا توجد إرادة أعلا من إرادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك . وحينئذ تعتبر الحرب هي وسيلة الدولة للاجبار القانوني اللازم لكفالة احترام القانون الذي تقصه في شأن علاقاتها مع الدول الأخرى .

انظر : Roublier, ibid.

(٤) Roublier, op. cit., No. 6, p. 44.

وذهباً تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبراً على الأفراد ، لأنها هي وحدها صاحبة السيادة والسلطان في الجماعة . جبرهم القانون عنده هو أمر توجيه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردده بجزء . ولذلك فالقانون لا يقوم إلا في مجتمع سياسي يستند تنظيمه الى وجود طبقتين : طبقة حاكمة لها حق الأمر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لا يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة في المجتمع من أوامر ونكاثيف . ولا يقوم القانون كذلك إلا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احرام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بترقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده (١) .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولي العام (٢) . حيث لا يوجد في مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الأمر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ما تأخذها جبراً باحترامه . وكذلك كان انكار أوستن لوضعية القانون الدستوري (٣) ، فالدولة ليست مقيدة بأى قيد يمنعها من مخالفتها ، ولأنها - وهي تملك سلطان الجزاء - لا يتصور أن توقعه على نفسها .

#### ٤٧ - نقد المذهب الشكلي واستجاده

لا تطيل الوقوف أمام ما ينتهى اليه الأخذ بهذه المذاهب الشكلية في مجموعها من تحكم الدولة تحكمًا مطلقاً في القانون ، مما يجعل الحكم لقوة التي تتمثل في الدولة ، تفرض ما تشاء استناداً الى أن مشيئتها هي القانون ، أو تنحلل من أحكام القانون ، فالسلط في ذلك ظاهر ، إذ ينتهى الأمر الى أن يكون القانون في خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل ، لا أن تكون الدولة في خدمة القانون تقييداً بأحكامه . وتقف حارساً لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية إذ اقتضى الحال .

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law, 4th ed. 1873, vol. I, pp. 90 - 100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188.

(٣) Austin, pp. 274 - 281.

ولا نظيل الوقوف كذلك أمام ما تنفق عليه هذه المذاهب الشكلية من حصر القانون في مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقع كما سنرى . بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة في بعض المجتمعات ، كالدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية في القوانين العربية ، وكالعرف والسوابق القضائية في القانون الانجليزي .

ولا يكفي - لدفع هذا الاعتراض - ان يقال ان القانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لان الدولة تقره وتجيز تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كما يعتبر التشريع ارادتها الصريحة (١) . اذ الواقع ان الدولة اذا كانت تطبيق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك ، وانما الصحيح ان الدولة تطبقها لانها مفروضة عليها باعتبارها قانونا في ذاتها (٢) .

ولكننا نريد ان نؤكد ان مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة او مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الأمر دون التنقيب عما وراءه ، فهو مذهب سطحي يكتفي بما يظهر في الواقع من قيام ائدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعقد ان الدولة هي التي تخلق القانون . والواقع ان وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهي حين تضع التشريع مثلا انما تصمد الى التعبير تعبيرا فنيا عما تقضي به حاجة الجماعة وما يسيطر عليها من موجهاة عقلية أو مثالية ، فالدولة لا تعدو اذن ان تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيتها ، وهي حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعية من وقائع وحقائق وما يفرضه العقل من غاية أو هدف لنلك الحياة . وكذلك الامر فيما يتعلق بالعرف ، فالسنة التي يجرى الناس على اتباعها مع اقتناعهم

---

(١) Austin, pp. 103 - 105.

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحضمت أبو سنيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ، ص ٣١ -  
عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣٩ - محمد علي امام ، المرجع  
السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٣٠ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ - سعد  
مهاجور ، المرجع السابق ، ص ٧ .

بإلزامها ليست إلا تعبيراً عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقاً لبعض ما تسمو إليه من مثل .

والإكتفاء بالشكل دون الموضوع ، والاعتقاد بالسالى بأن الدولة هي التي تخلق القواعد القانونية لأنها تحمل غالباً طابعها الرسمي دون عناية بالوقوف على الحاجات والدوافع التي أملت وضع هذه القواعد أو على المشل والعوامل التي وجهت إليها واسهمت بنصيب وافر في تحديد مضمونها ، ينتهي بالمذاهب الشكلية إلى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدي إلى وقف حركة تطور القانون . وآية ذلك ما جر إليه اتباع مذهب التزام النص<sup>(١)</sup> في فرنسا في القرن التاسع عشر من جمود القانون نتيجة للجمود في التفسير وتقديس نصوص الشريعة ، وفهمها على أنها - وقد تضمنت إرادة الدولة - فلا صفة لها بالحياة الاجتماعية أو بتطورها . والواقع أن القاعدة القانونية - كما سبق أنبين - هي قبل كل شيء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الأحوال عن البيئة الاجتماعية التي تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع وما يوجهها من مثل إنما تقدم المادة الأولية التي تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق في نطاق العمل .

فالمذاهب الشكلية إذن مذاهب سطحية جامدة ينبغي استبعادها ، وتوسعة أفق انصر إلى تكوين القاعدة القانونية - دون انحصار في الشكل الذي تخرج به إلى الناس - بما يستوعب ما يستتر وراء هذا الشكل من عمل صامت خفي يتصل في عوامل الحياة الاجتماعية الواقعية منها والمشالية على السواء .

#### ٤٨ - التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية أو الموضوعية لقاعدة القانونية ، وأهميتها

إذا استبعدنا المذاهب الشكلية ، ومددنا النظر إلى الشكل وإلى ما وراءه ، فإننا نصادف إذن في تكوين القاعدة القانونية أول ما تصادف عنصراً شكلياً

(١) راجع في هذا المذهب ما سجد به عند التعرض لتفسير القاعدة القانونية .

هو الذى يعطيه قوة الاثزام وصلاحيه التطبيق فى نطاق العمل ، ثم تصادف وراء الشكل عنصرا موضوعيا هو المكون لمادة القاعدة القانونية وجوهرها .

ولذلك يستقر أغلب العقهاء على أن القاعدة القانونية لها مصدران :  
مصدر رسمى او شكل (source formelle) . ومصدر موضوعى او مادى (source réelle ou matérielle) .  
وترمز المصادر الرسمية او انشككية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية او المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن نمند اليها يد القانون الوضعى بالتعبير والصياغة والالزام فى نطاق العمل . وهذه التفرقة من الاهمية بمكان كبير ، اذ يرتفع بالقانون عن أن يكون مجرد تحكم من السلطات التى تملك التعبير عنه . فهذه السلطات انما تنلزم - فى هذا التعبير - ما تقدمه اليها المصادر الموضوعية او المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها . فان جاء التعبير من السلطات المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل . خرج القانون فى صورته الوضعية ظاهرا ، والقوانين الوضعية الطائفة - فيما يحدثنا التاريخ - لا يكتب لها البقاء ، فسرعان ما يمتد اليها الفناء اذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة . وان جاء التعبير على يد السلطات المختصة بذلك نافعا ، لم يكن للقاضى أن يقب مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار العدالة » أو على الأصح جريمة « انكار العدل » Déni de Justice وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون .

فالمصادر المادية أو الموضوعية اذن هى التى تقدم جوهر القاعدة القانونية والمصادر الرسمية هى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس . أو بمباراة أخرى تفرض المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعى جوهر قواعده ، ويصور القانون الوضعى هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية او الشكلية .

#### ٤٩- خطة البحث

إذا كان تكوير القاعدة القانونية يرد - على ما سبق البيان - إلى عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، وإلى عناصر رسمية تفصح عن شكلها ، فيكون طبيعياً أن تقسم هذا الفرع إلى يابنين :

الباب الأول - في جوهر القاعدة القانونية •

الباب الثاني - في شكل القاعدة القانونية •

# الباب الأول

## جوهر القاعدة القانونية

٥٠ - تمهيد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية ، أى الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هى المصادر الحقيقية التي يستمد منها مضمون هذه القاعدة وتستند اليها شرعيتها على السواء .

والاختلاف كبير بين الفلاسفة والفقهاء بشأن النظر الى جوهر القاعدة القانونية ، ومرد ذلك قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الأعلى الذى يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لا تبصر منه الا الحقائق التي تزخر بها الحياة الاجتماعية . وأصل هذا الاختلاف افتراقهما فى الطريقة والمنهج . فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم ببديهية أولية ، لا تقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادي . والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لا يقوم عليها دليل علمي ، وتقنع بالملاحظة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس ، فتلتزم بذلك منهاجا علميا تجريبييا بحتا .

ولعل مثلا يوضح الفرق بين المدرستين : فالقاعدة التي توجد فى كل الشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الأصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقاتل بين الناس أدى الى الفوضى فى الجماعة وأوشك أن يودى بها الى الفناء فلم يكن بد من تحريم القتل .

غير أن كلا من المدرستين يسرف في الناحية العكسية للأخرى اسرما  
يحصر النظر الى القانون في زاوية واحدة • ومن هذا ، ينبئ للاحاطة بجوهر  
القانون على وجهه الصحيح النظر الى زواياه جميعا ، وهو ما لا يتأتى الا  
بانجوع بين فقه ونهج المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ، وهذا  
ما انتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم لأنه هو المتفق مع طبيعة القاعدة القانونية  
ووظيفتها •

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الأول - في المدرسة المثالية •

الفصل الثاني - في المدرسة الواقعية •

الفصل الثالث - في الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية •



# الفصل الأول<sup>٢</sup>

## المدرسة التالية

L'Ecole Idéaliste

نكاد تنحصر هذه المدرسة في مذهب القانون الطبيعي ، الذي لم ينز  
مذهب بل ما أناره هذا المذهب من جدل وخلاف ، فنعرض لفقهه وتطوره  
ديما يلي :

### مذهب القانون الطبيعي<sup>(١)</sup>

La Doctrine ou L'école de droit naturel

٥٩ - تمهيد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين

(١) أهم المراجع :

- Alexeev, Le droit naturel, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 135 - 164. — Eudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93 — Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 64 - 3. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201 - 216. — Draghicesco, Philosophie du droit et droit naturel, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 1 - 2, pp. 243 - 286. — La Fur, droit naturel et réalisme, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 225 - 230. — Lamo Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1 - 2, pp. 92 - 131. — Richard, Le droit naturel et la philosophie des valeurs, Arch. de phil. du droit, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 7 - 34. — Rommen, Le droit naturel, Tradition française 1933. — Roubier, op. cit., Nos. 11 - 12, pp. 93 - 108; No. 16, pp. 144 - 153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80 - 112. — Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 18 - 62.

الوضعية ، قانون ثابت أبدي صالح لكل زمان ومكان لأنه انما يصدر عن طبيعة الأشياء ، تلك الفكرة في بساطة تميرها عن نزعة الانسان الى الكمال هي التي عبر عنها مذهب القانون الطبيعي .

غير أن هذا المذهب ، وإن احتفظ بجوهر تلك الفكرة على اختلاف الصور منذ القدم ، إلا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل دفعا لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريح وتقد مريب وكذلك فإن هذه الفكرة تعاقبتها الغايات المختلفة ، فبدأت فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية ، ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذها فلاسفة السياسة أداة لزلزلة الطغيان فهدوا بها للثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الانسان الطبيعية . على أن ذلك دفع بالفكرة الى منزلت خطر اذ صبغها بصبغة فردية صارخة ، فيمكن للخصوم منها ، فتواتر زما لم عادت في أعقاب القرن الماضي ومطلع هذا القرن تطل على الناس في زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد .

## ٥٢ - القانون الطبيعي عند اليونان

فكرة القانون الطبيعي اذن فكرة عربية في النظم ، يردها الكثيرون الى اليونان . غير أنه ينبغي الحذر في تقبل ذلك على اطلاقه . فرغم أن بعض شعراء اليونان كانوا يتكلمون عن قوانين خالدة أبدية لم تكتب وليس الى موحها من سبيل ، إلا أن فلاسفة اليونان الأول كانوا يحملون للدولة ولقوانينها الوضعية تقدسا كبيرا باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير (١) ، ومن هنا لا نجد في آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالة التي يجب على الفرد عدم اطاعتها .

ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ما يعرف بمذهب الرواقية .

Del Vecchio, op. cit., pp. 41 - 42; 45 - 46 — Roubier, op. cit., No. (١)

II, pp. 92, 98.

(le Stoicisme) الذى كان يرى المثل الأعلى للحكيم فى التحرز من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعى الذى يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذى يملو سلطانه على سلطان القوانين الوضعية التى تضعها الدولة وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية<sup>(١)</sup> . ومن هنا نرى النزعة الفردية تطل براسها من ثيابا هذا المذهب<sup>(٢)</sup> .

### ٥٣ - القانون الطبيعى عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فتأثروا بنزعة الفردية كما تأثروا بفكرته فى وجود قانون طبيعى .

فنجده « شيشرون » (Cicéron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل اقويم ، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير فى الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق<sup>(٣)</sup> . ونجده عند الفقيه « بول » Paul مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لأن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه .

ويعتقد كذلك الفقيه « جابوس » Gaius « وجود قاعد مشتركة بين جميع الناس لما له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمى او ما سموه « قانون الشعوب » (Jus gentium) <sup>(٤)</sup> . وينسب التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذى كان ينطبق على علاقات

Del Vecchio, op. cit., pp. 50. 51. — Roubier, op. cit. No. 11, (١)  
p. 94.

Roubier, op. cit., No. 11, p. 95. (٢)

- Cicéron, cité par Senn, De la Justice et du Droit, 1927, p. 61, (٣)  
note "1".

Roubier, op. cit., No. 11, p. 96. (٤)

الاجانب بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الرومان . ولكن هذا القانون لا يبدو أن يكون قانونا وضعيا . يختلف عن القانون الطبيعي الذى يصدر عن طبيعة الاشياء ويستخلصه العقل . ولذلك كان « قانون الشعوب » فى المعنى الضيق يعرف نظرياً بالرق ويقر ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعناه كقانون طبيعى (١) .

#### ٥٤ - القانون الطبيعي عند الكنائس فى القرون الوسطى

ثم ما لبثت فكرة القانون الطبيعي أن اصطفت بصيغة دينية فى المصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة فى كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعى هو ذلك القانون الالهى الذى يسمو على القانون الوضعى . وهو ، وإن كان كما عرّفه اليونان والرومان قانونا خالداً ثابتاً لا يتغير ، إلا أن الله هو الذى يلهمه باعتباره أن الله هو خالق الطبيعة . وقد أرادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعى الى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، أى أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعى وإن غلبت عليه الصيغة الدينية فى هذه الآونة ، إلا أن ذلك لم ينتقص من الصيغة العقلية التى لازمتها على عهد اليونان والرومان . فليس كان القانون الطبيعى عند فقهاء الكنيسة هو ذلك القانون الذى نقشه الله على قلب كل انسان ، إلا أن الانسان لا يجد هذا القانون أو يدرّكه إلا بعقله .

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة - وخاصة القديس « توماس الاكربى » (Saint Thomas d'Aquin) - فى تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الالهى » أو « القانون الأزلى » الذى يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ،

(١) Bann, op. cit., pp. 73 - 79. — Boudant, op. cit., No. 35, pp. 55 - 56.

— Roublier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 53, 56.

فلا يدركه الا الراسخون في الايمان الذين اضاء الله بصيرتهم بنوره . ومن تحت « القانون الطبيعي » الذي هو منتهى ما يدركه العقل من اصول القانون الانهى . واسفل من ذلك يوجد القانون الوضعي وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعي<sup>(١)</sup> .

واذا خالف القانون الوضعي عن امر قواعد القانون الطبيعي فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعي ، لأن النفع المائد من الطاعة - وهو الاستقرار والأمن في المجتمع - أكبر من الضرر الناتج عن العصيان ، وفي ذلك تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع اصول القانون الطبيعي . ولكن الطاعة للقانون الوضعي تصبح غير واجبة ان خالف عن امر القانون الالهي<sup>(٢)</sup> .

ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد أن كانت الكنيسة في عهد المسيحية الأول تفصل فصلا تاما بين السلطان الديني والسلطان المدني ، وتعتبر عما لكل من السلطتين من نطاق نفوذ مستقل في قولنا المشهورة : « أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله »<sup>(٣)</sup> ، أضحت في القرون الوسطى تخضع السلطان المدني للسلطان الديني ، فلا طاعة لنقانون الوضعي في معصية القانون الالهي ، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعي في فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

• • • الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ، وانتكار

### فكرة القانون الطبيعي نتيجة للملك

غير أن انقضاء المصور الوسطى كان مؤذنا بزوال عهد الاقطاع وبدء

(١) انظر : دانت :

Beudant, op. cit., No. 44. p. 72 — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62. — Du Pasquier, op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99 — Friedmann, p. 28. — Cairns, pp. 175 - 184.

(٢) انظر :

Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier, Ibid. — Du Pasquier, Ibid. — Roumen, op. cit., pp. 76 - 77. — Friedmann, p. 29.

Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit., p. 57. —

(٣)

Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.

تكون الدول الحديثة فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها . وغالى بعض الكتاب فى الدعوة الى هذا المبدأ مخالفة لكل مرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . وهذه المخالفة تجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما « مكيافيل » (Machiavel) ( ١٤٦٩ - ١٥٢٧ ) و « بودان » (Bodin) ( ١٥٣٠ - ١٥٩٦ ) .

« مكيافيل » فى كتابه « الأمير » يضع صاحب السلطان فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل ما يؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية - كما يقول - تبرر الوسيلة ، والقسوة تكون عادلة ما دامت ضرورية (١) .

و « بودان » يدعو الى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وفى مسيل ذلك يحل صاحب السلطان من الخاضع للقوانين التى يفرضها على رعاياه ، اذ مادام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما ينزعه قانونا قبل الأفراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية ، ومن هنا فليس للأفراد الحق فى مطالبة باحترام هذه الالتزامات (٢) .

وقد كان من أثر هذه المخالفة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون الطبيعي ، وطميان الدولة على حريات الأفراد وحقوقهم فى الداخل ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج . ومن هنا نرى الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعي كوسيلة تنفوذ عن حقوق الأفراد وحرياتهم طغيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة .

---

(١) انظر فى ذلك قول « مكيافيل » : « ان الأمير يجب ان يكون ناعسا وأمسدا فى نفس الوقت ، لأنه ان لم يكن إلا أسدا ، فلن يصير الخراف » وإن لم يكن انطاليا فلن يعض نفسه من الذئب ، فهو بحاجة الى ان يكون ناعسا لتصرف الخراف ، وأسدا لاختافة الذئب » .  
راجع فى الإشارة الى ذلك والى غيره من أقوال « مكيافيل » :

Chevallier, (Jean-Jacques), Les grandes oeuvres politiques de Machiavel  
Paris, nos jours, 1948, pp. 27 - 29.

(٢) انظر فى آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38 - 51. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 100 - 101 —  
Del Vecchio, op. cit., pp. 72 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 11.

## ٥٦ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس

وقد وجدت هذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب. ولضح المعالم والحدود في النصف الأول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندي « جروسيوس » Grotius ( ١٥٨٣ - ١٦٤٥ ) ، والذي كان له الفضل في ابراء القانون الطبيعي مما أسبغته عليه الكنيسة في القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين (١) . ثم اتخذ من هذا القانون الطبيعي وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها . ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي في السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة تنظيمًا قانونيًا .

فالقانون الطبيعي عنده هو قبل كل شيء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء، هو ذلك القانون الذي يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الانسان مبينا العدل من الظلم . وهو باعباره وليد العقل ووليده الطبيعة يكسب منها صفة الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغير الزمان ، والله نفسه لا يملك بذلك تغييره ، لأنه ليس بالذي يفتر العقل أو الطبيعي (٢) . فالقانون الطبيعي اذن انما يحدد بجهد العقل مضمون القاعدة - التي حدد مضمونها القانون الطبيعي - قاعدة ملزمة مجبرة . ومن هنا كان وجوب استناد القانون الوضعي الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الأشياء (٣) .

---

(١) Charmont, op. cit., p. 17.

(٢) Boudant, op. cit., No. 60, p. 94. ... Du Pasquier, op. cit., No. 228.

(٣) Rouhier, op. cit., No. 12, p. 104.

وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق أصيلة بالإنسان تولد معه لأن طبيعته تحتها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشاط مشروع ، تلك هي الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفردية أو حقوق الإنسان . فهذه الحقوق إذن مبدأ أساسي من مبادئ القانون الطبيعي لا نستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل إن مهمة هذه القوانين هي تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالاته لكل من الأفراد<sup>(١)</sup> . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون في الإنسان أو في الفرد ، وتقتصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعية ثابتة له منذ الأزل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعي وإن يكن قد أتيح لها البروز مع الوضوح والاستقلال على يد جروسيوس ، إلا أن هذا الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعقل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره ، فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وإن تكن في طبيعة حقوق الإنسان الطبيعية ، إلا أنه يمكن التزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدانها بالإنهزام أو الأسر في الحرب<sup>(٢)</sup> ، وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذي وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعي .

## ٥٧ - رواج مذهب القانون الطبيعي وتطوره في القرنين السابع عشر

### والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فإن فكرة القانون الطبيعي قد أتيح لها في القرنين السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذيوع والانتشار والتحرر من مؤثرات العصر ، فلم يعد أنصارها يبررون - كما فعل جروسيوس - بعض الأنظمة

---

(١) أنظر : Beudant, op. cit., No. 60, p. 96. — Roubier, op. cit., No. 12, pp. 108, 106.

(٢) أنظر :

Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 96, 96.



انصاة في القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ، بل اطرده منطلقهم  
بضرورة الفاء مثل هذه النظم مخالفتها لقانون الطبيعى .

غير أن فكرة القانون الطبيعى قد أتبع لها في هذين القرنين فضلا عن  
ذلك أن تصبح فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية في العصور الاولى ،  
وذكره دينية في العصور الوسطى (١) . فأصبح يفسر الى هذه الفكرة لا باعتبار  
أنها تتضمن موجهاً كلية مثالية يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء ويلتزم  
المشرع باحترامها في القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضى كذلك باستدائها  
ان فصرت القوانين الوضعية عن البصر بكل ما قد يعرض في العمل من فروض  
متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار أنها تتضمن قواعد جزئية تفصيلية  
تواجه كل ما يعرض في العمل من حالات وتجد له الحل العادل المقبول (٢) .

فالقانون الطبيعى اذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر  
والثمان عشر قانونا أو تشريعا نموذجيا كاملا أى يعوى لكل وضع من  
الاضاع أو نظام من الأنظمة القواعد النموذجية التى يجب أن تحكمه ، وبذلك  
يقصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النموذجية الى قواعد وضعية  
وازالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين انقانون الطبيعى اى بين  
النموذج والأصل (٣) . ومنطق هذا النظر يؤدى الى اعتناء أن انقانون الوضعى  
ينضمّن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعى هى التى يستعبرها منه ويسبغ  
عليها صفة الوضعية أو صفة الالتزام . وبعبارة أخرى يعتبر من القانون  
الطبيعى كل ما يوجد في القانون الوضعى من قواعد توافق العقل وتقضى بها  
طبيعة الأشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمى الى مثالية القانون  
الوضعى والسمو بأحكامه .

---

(١) Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, p. 271.  
— Roubier, op. cit., No. 12, p. 108.

(٢) Roubier, op. cit., No. 12 p. 104.

(٣) Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, pp. 271,  
372. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

وظاهر أن في هذا النظر خلطاً بين فكرة القانون الطبيعي في ذاتها وبين ما يعتمد إليه الشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق لهذه الفكرة أو باستيعابها . وكذلك فإن هذا النظر يافض القول بن القانون الطبيعي قانون عالمي ، ثابت خالد لا يتغير في الزمان والمكان ، فإن العقول الانسانية الذي يستخلصه لا يبلغ من القدرة مبلغاً يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لإرجحة جميع دقائق الفروض العملية في كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختنف بحسب الزمان والمكان ، وما يوضع لها من حلول لا يقل عن ذلك اختلافاً .

### ٥٨ - القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي

وأيا كان الأمر ، فإن فكرة القانون الطبيعي قد عاصرتها وزاحمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هي فكرة العقد الاجتماعي *Le contrat social* . ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم . غير أن هذا العقد الاجتماعي قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافاً بالغ الأثر في تحديد مدى سيادة صاحب السلطان في المجتمع .

فالكاتب الانجليزي هوبز *Hobbes* ( ١٥٨٨ - ١٦٧٩ ) (١) يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدّها حدود أو قيود ، إذ أن الأفراد نزلوا بمقتضى العقد الاجتماعي عن كل ما كان لهم من حريات وحقوق في عهد الفطرة ووضعوها بين يدي السلطان . ذلك أن عهد الفطرة *(L'état de nature)* كان هو

---

(١) راجع في مذهب « هوبز » بخاصة :

Cairns, *Legal philosophy from Plato to Hegel*, pp. 246 - 271. — Chevallier, op. cit., pp. 52 - 60. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83 - 85. — Beudant, op. cit., No. 66. — René Capitant, *Hobbes et l'Etat totalitaire*, Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1 - 2, pp. 45 - 75.

عهد الفوضى الذى يحكمه الأنانية والقرآنز المنطلقة وينشود فيه هتلق القوة ؛ حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى خرب مستمرة لا تنقطع لينتهم ٢٠ لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم فى البقاء والدفاع عن النفس الى محاولة الخروج من هذا العهد الفوضى التفس الى عهد افضل نظامى ، عن طريق عقد يتضمن نزول كل فرد عما كان له فى عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود . وهو نزول لا يتصور الا كاملا وغير مشروط ، والا أتبع للفوضى الفطرية أن تعود من جديد . وهو كذلك نزول لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما أعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفا فى العقد حتى ياتزم بشئ قبل الأفراد ، فبقيت له وحده الحرية الفطرية يفعل ما يشاء .

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدى الى الاستبداد المطلق ، اذ لا يضع أمام القوانين الوضعية التى يسنها السلطان ويطنفها على أنساس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعها فى طريق التحكم والظلم ، أى ينكر بذلك وجود فكرة القانون الطبيعى . فانه ليس بعد العقد الاجتماعى كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم فى ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بارادة صاحبه السلطان . وبذلك تظل الكلمة العليا للقوة فى عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك فى عهد الفطرة (١) .

غير أن فكرة العقد الاجتماعى قد أتبع لها عند كاتبه آخر هو الكاتب الانجليزى لول Locke ( ١٦٣٢ - ١٧٠٤ ) (٢) ، أن تمكن لفكرة القانون الطبيعى وتحارب استبداد السلطان وتحكم القوانين الوضعية . فعهد الفطرة الأول عنده عهد يحكمه العقل لا الأهواء ولا الأنانية كما يرى هوبز .

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع فى منصف « روسو » صفة خاصة :

Gairns, pp. 328 - 361. — Chevallier, op. cit., pp. 85 - 99. — Beudant, op. cit.,

No. 67. — Del Vecchio, op. cit., pp. 80 . 82.

لذلك فان الأفراد لا ينزلون في العقد الاجتماعي عن كل ما لهم من ذلك العهد من حقوق طبيعية ، بل ينزلون منها عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام فحسب<sup>(١)</sup> ، ويظل القدر الباقي من هذه الحقوق الطبيعية قائما في عهد المجتمع المنظم كقيد يرد على حرية السلطان . والسلطان باعتبارها طرفا في العقد ، انما يلتزم بتسخير سلطته في تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للأفراد ، واخلاله بهذا الالتزام يجعل للأفراد فسخ العقد والنزعة على السلطان . فالقانون الوضعي في هذا النظر اذن انما يعمل على احترام الحقوق الطبيعية للأفراد وكفالة الالتزامات التي تفرضها الطبيعة والعقل .

ثم استخدم روسو (Rousseau) ( ١٧١٢ - ١٧٧٨ )<sup>(٢)</sup> في النصف الثاني من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعي أداة لانكار حق الملوك في السيادة ، وبصفة عامة لانكار حكم الفرد ، ووسيلة لحصر السيادة في الشعب أو المجموع .

فالعقد الاجتماعي عنده أنهى عهد الفطرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجموع ككل لا من حق فرد واحد من الأفراد على حدة . فالتقوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتها الملزمة للأفراد من كونها لبست الا تعبرا عن الإرادة

---

(١) اذا كان الأفراد يصلون على الخروج من عهد الفطرة رغم أنه عهد يحكمه العقل فما يرى « لوك » فأن ذلك الا للحصول على ضمان أقوى لحقوقهم وحياتهم ولتفادي عواقب التصرف المجهوم من جانب بعض الأفراد في استعمال ما لهم من حقوق وحریات . فان عهد الفطرة ينتقد قوانين مطلقة قائمة على الرضا العام المشترك ، وقضاة معاضين ببدول محايدین يقتضون في المنازعات طبعا لهذه القوانين ، وسلطة اجبار قادرة على كفالة تنفيذ ما يصدر عنه من أحكام . ولذلك يقض الأفراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوفر فيه كل هذه الضمانات .

( انظر : Chevallier, op. cit., p. 91 )

(٢) راجع في ملخص « روسو » بصفة خاصة :

Chevallier, op. cit., pp. 162 - 173. — Boudant, op. cit., pp. 150 - 168. — Del Vecchio, op. cit., pp. 104 - 108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46. — Hubert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil du droit, 1932, No. 24, pp. 407 - 427.

العامة أى عن إرادة المجموع . وهذه الإرادة العامة عنده إرادة مطلقة حصومة ، لانها - وهي إرادة المجموع - لا يتصور أن تبتنى مصلحة مخالفة لمصالح أفراد ، كما لا يتصور أن يضر الجسم بضر من أعضائه (١) .

وتلك نظرة مادية فى تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريد المجموع أو على الأصح - وهو ما يسمح به العمل - ما تريده الأغلبية فى هذا المجموع (٢) . وبذلك نستطيع أن نسلك روسو - على خلاف الشائع عنه - فى سلك المنكرين لفكرة القانون الطبيعى . فهو لا يعترف بأن القانون الرسمى أو الإرادة العامة تخضع لجملة من موجبات المدل انقلية أو لنماذج من قواعد المدل التفصيلية . بل وإن نسلكه فى سلك المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعية ، فرغم تسليمه بأن الأفراد لا ينزلون بمقتضى العقد الاجتماعى إلا عن القدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجموع ، إلا أنه يجعل هذا المجموع الذى يسميه الإرادة العامة - والذى يقتصر فى الواقع على الأكثرية - هو وحده المحكم المنصرف فى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الأفراد ، وله أن يقيد منها ما كما يشاء (٣) . وهو بهذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لأكثرية الشعب ، فكانه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، ولكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لا يستند الى عقد اجتماعى ! .. فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تريب عليه عنده ! ..

ومعها يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعى . فلم تكن تمنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيودا يرد على حرية المشرع بالتزام مثل أعلى من المدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية للأفراد . ولكنها

---

J. - J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions Montaigne. (١)  
Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108; Livre II, Chapitre III, p. 145.  
Chapitre IV, p. 152.

(٢) فى هذا المعنى :

Boudant, op. cit., No. 101, p. 161.

Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153. (٣)

عنت عند الكثيرين - وعلى الأخص عند روسو - ، التمكن لسلطان الشعب أو لسلطان الأكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو إخلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الأوتوقراطي . وفي غمرة الحماس لتفويض سلطان الفرد وإقامة سلطان الشعب ، ضاعت مبيحة العدل - وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعي - عند أنصار العقد الاجتماعي ، فأصبحت مشيئة الشعب أو إرادة الأغلبية عندهم هي العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو إرادة مستبدة .

غير أن ما لاقتته فكرة العقد الاجتماعي على يد « روسو » من نجاح وذوبوع لم يقلل من الاعتقاد والإيمان بفكرة القانون الطبيعي طوال القرن الثامن عشر بل بنت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الأخيرة لتقف كالسند الحاجز أمام ما تضرر الفكرة الأولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب وأسم العقد الاجتماعي .

#### ٥٩ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على بد الثورة الفرنسية

وُضعت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر ، فأعتمدت مذهب « روسو » في حصر السيادة في الشعب وحده ككل أي من حيث هو . يكون كتلة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين له . وكذلك حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجه ومقياس لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الإنسان الطبيعية التي تلزم القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث ترد هذه الحقوق - خلافا لمذهب « روسو » - قيда على تحكم تلك القوانين التي تحمل مشيئة الشعب . وبذلك أتيح لمذهب القانون الطبيعي أن يصبح مذهبا رسميا يتضمنه إعلان رسمي هو « إعلان حقوق الإنسان والمواطن » ، بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفة والكتاب .

وقد كان هذا الإعلان مهذا لصندوق سلسلة من اعلانات مماثلة رسمية

تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد في وجود قانون طبيعي خالد مشترك يسمو على القسانون ، ويجعل من حقوق الأفراد الطبيعية التزامات وقيودا على سلطان المشرعين .

ولقد تجاوب الفيلسوف كانت (Kant) مع النورة الفرنسية ومسح المعتقدات التي مهدت ووطأت لها . فنجد عنده التفرقة التقليدية بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي (١) . ومرد فلسفته القسانونية أن للانسان قيمة ذاتية مطلقة اذ هو غاية في ذاته وليس وسيلة لتحكم ارادة من الارادات كارادة الدولة أو ارادة المشرع (٢) . فالانسان هو الذي يضع قانونه بنفسه أي بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أي مشتركاً بين أفراد النوع الانساني يستخلص قواعد عالمية نابعة لحكم سلوك الانسان في المجتمع . هذه القواعد تستمد من الصفة الصالية الثابتة التي تحملها عليها وحدة العقل الانساني قيمة سلمية مطلقة تفرضها على مختلف الارادات ، فتتقيد بها ارادة المشرع فما يستن من قواعد وضعية . وينتهي . كانت « بهذا المنطق الى اعطاء القانون الطبيعي صفة عقلية بحتة (٣) » .

وكذلك يمكن هذا النظر للنزعة الفردية التي أبرزتها النورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الانسان ، اذ يركز القانون في الفرد الانساني يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفي طبيعته الحرة ، وهو أمام حريات الأفراد المتعارضة يعتمد الى أن يقيم بينها من التوازن ما يمكن كل فرد من استحصال حريته دون أن يطفئ بذلك على حريات الآخرين (٤) .

فالاعتقاد اذن في وجود قانون طبيعي يكون بمثابة تقنين نموذجي يحكم القانون الوضعي بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقل من

(١) Du Pasquier. op. cit., No. 236.

(٢) Bodant, op. cit., No. 87, p. 138.

(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 111.

(٤) Del Vecchio, op. cit., p. 119.

ضيعة الإنسان . كان هو الاعتقاد السائد في القرن الثامن عشر . ثم استيفت الثورة الفرنسية صفة رسمية على هذا الاعتماد بإعلانها ما سمته حقوق الإنسان . كما مكنتنا يضمنه - في تصور وظيفة القانون - من نزعة حرية .

وفي ظل هذا الاعتقاد - الاعتقاد في وجود قانون طبيعي يسمح على القوانين الوضعية ، والاعتقاد في سلطان العقل الذي يستخلصه - شهد مفتتح القرن التاسع عشر واضعي تقنين « نابليون » - وهو التقنين المدني الفرنسي - يهدرون مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمي ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية . ليس هو إلا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض » . وهذا النص ، وإن لم يحل له أن يظهر في التقنين إذ حذف عند مناقشة المشرع ، إلا أن ذلك لم يكن إنكاراً لخصومه - إذ الاعتقاد في وجود القانون الطبيعي كان يتزل حينئذ من النفوس منزلة الإيمان - وإنما كان نسيلاً بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محلاً لأعلاى المبادئ الفلسفية (١) .

## ٦٠ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجع في القرن التاسع عشر

غير أن مذهب القانون الطبيعي لقي محاربة شديدة طوال القرن التاسع عشر . شككت في صحته ، وقللت من أنصاره في الفقه ، فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته إلى مثل أعلى . وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعي فيما يدعيه من صفه خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلزمه من نزعة فردية واضحة .

وقد تكفل المذهب التاريخي - على ما سيرد البيان - بمحاولة تقويض فكرة الخلود والثبات التي يتميز بها القانون الطبيعي في منطق أنصاره . فأنكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد إرادة من الإرادات كإرادة المشرع ، أو أن



يكون وليد العقل البشري يستقل بتكوينه وإنشائه ، إذ هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة في الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من الحقول ولا من المصور أن يستلزم على حال واحدة . بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع إلى آخر إذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع . وهو متطور دائما في الزمان تطورا لا يفتصمه الإنسان أو يخلفه بصفه أو يدفعه بإرادته . وإنما تطوره تطورا ذاتيا أو تلقائيا يتسلسل في حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا إراديا .

ولسنا نعرض الآن لصحة الأساس الذي يقوم عليه المذهب التاريخي ، فذلك موضعه عند الكلام في تفصيل هذا المذهب . ولكننا نجتزئ بالإشارة إلى أن هذا المذهب قد أتبع له من النجاح طوال القرن التاسع عشر - في ألمانيا حيث ظهر ، وفي فرنسا حيث لم يدم الانتصار - ما أفقد الثقة في مذهب القانون الطبيعي ، وأوهن من الاعتقاد في وجود قانون تجتمع له صفة الحيد والنبذ على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التي لازمت مذهب القانون الطبيعي طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتي تأكدت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها إلى أكثر نصوص تقنين نابليون .

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة السرفة التي ترى المجتمع مخلوقا خدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخلوق خدمة المجتمع ، فتركز القسانون - استخراجا من ذلك - في الفرد ، حتى لتتصر دوره على كفاية حريته وتمكينه من انتصاع بما سمي الحقوق الطبيعية للإنسان - وادت مهاجمة النزعة الفردية في القانون إلى مبرجة فكرة القانون الطبيعي بدورها باعتبار ما رسخ في الأذهان من اقتران بين وجود القانون الطبيعي وبين النزعة الفردية . ولسنا الآن في مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولكن يصينا أن هذا الاقتران كان مانلا في كثير من الأذهان مما خلق من أعداء النزعة الفردية أعداء الداء لفكرة القانون الطبيعي ، فخرست هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة إلى نزعة فردية .

## ٦١ - حركة احياء القانون الطبيعى

غير أن فكرة القانون الطبيعى وإن هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، فقد أُنِيع لها - فى أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين - أن نجد من الفقهاء من يلتمس لها البعب والنشور ، ومن يقوم على احيائها مبراة مما أثار عنيتها الهجوم ومكن منها الخصوم . وقد توزع أنصار القانون الطبيعى - فى سبيل هذا الاحياء - بين طريقين : الاول هو القصد فى خلع صفة الخلود واننبات على القانون الطبيعى ، وهذا هو مذهب الفقيه الالماني « ستاملر » Stammer ، فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير . والمانى هو قصر وظيفة القانون الطبيعى على القيادة الموجبة المنهمة بقلة من مبادئ العسلد المالية . دون النزول به الى التطبيق العملى وما يرضه من تنظيم نصيبى . وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء منذ مطلع القرن الحالى .

### (١) القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير (١) :

أما القصد فى خلع صفة الخلود والثبات عن القانون الطبيعى . فقد دعا اليه منطق المذهب التاريخى فى تطور القانون . فكان لابد من اجمع والملازمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعى من الساقض الذى رماه به مذهب التطور التاريخى . وقد قدر للفقيه الالماني « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور فى فكرة القانون الطبيعى ، فيما سماه بنالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير .  
Le droit naturel à contenu variable  
واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان أبرزهم « سالى » (Saleilles)

(١) راجع فى ذلك :

Ginsberg, La philosophie du droit de Rudolf Stammler, Arch. de phil. du droit. 1932. Nos. 3 - 4, pp. 564 - 574. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 98 - 114. — Charmont, op. cit., pp. 170 - 176. — Del Vecchio, op. cit., pp. 209 - 210. — Rommen, op. cit., pp. 166 - 168. — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87 - 95. — Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 71. — Saleilles, article précité, pp. 96 - 98.

وجوه القانون - في هذا النظر - هو مثل أعلى للعدل ، خالد منفير على  
النسواء : فهو خالد في فكره . منفير في مضمونه ، أي أن صفة الخلود دائما  
تلحق فكرة العدل في ذاتها . أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها . فمره  
بضروف الحياة في كل مجمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل . فالذي  
لا ينفي هو وجود عدل ينبغي تحقيقه . ذلك أن فكرة التمييز بين العدل  
والظلم واقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، قد وجدت دائما في  
ضمير الانسان منذ الأزل . وستظل موجودة فيه الى الابد . أما كيفية التمييز  
بين العدل والظلم . واسباغ صفة العدل على بعض النظم أو على سلوك معين .  
فأمر لا يلحقه خلود أو ثبات ، لأنه صادر عن التفاعل الحاصل بين بيئة كئي  
مجمع والتصوير السائد فيه لفكرة العدل . فما يعتبر عدلا في جماعة قد  
يعتبر ظلما في جماعة أخرى ، وما كان قانونيا في جماعة باعتبارها العدل قد  
يصبح - مع تقدم الزمان - غير مشروع ، إذ تنتهي الجماعة الى تصوره كظلم  
ينبغي رفعه . وليس يطمئن هذا النباين في وجود فكرة العدل ذاتها ، وخلود  
هذه الفكرة عند كل الجماعات . فثمة شيء يبقى خالدا دائما في ضمير الانسان  
- على اختلاف البيئة وتعاقب الزمان - هو حينئذ الى العدل ، وتصوره  
لنانون واحترامه له على أساس أنه اقامة للعدل(١) .

ولكن فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المنفي تعرضت لنقد من حيث  
أنها فكرة متناقضة ، إذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد ، وهذه الفكرة تجعل  
منه ملا خاصا بكل جماعة ونفقا لتصويرها الخاص لفكرة العدل . وهو ما يؤدي  
الى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتي أو  
موضوعي يجعل منيها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح  
الأمر الواحد عدلا في مكان أو عصر معين ، وظلما في مكان آخر أو عصر  
سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به . فلئن كان الرق مشروعا عند  
الجماعات الأولى طبقا لتصورها لفكرة العدل ، إلا أن ذلك لا يعني أنه لذلك

كان نظاما عادلا • فلنمدل حقيقة في ذاته ، وهي لذلك حقيقة واحدة خالدة .  
لا تتغير في زمان أو مكان • والرق في حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائما في  
أى زمان ومكان وجد •

## (٢) القانون الطبيعي موجه مثالي للعمل :

وأما الارتفاع بالقانون الطبيعي الى مجرد انميادة الروحية الموجهة ، فقد  
دعا اليه ما كان من اسراف انصار فكرة القانون الطبيعي في القرن الثامن عشر  
في اعتبارهم أن هذه الفكرة انما تعبر عن وجود قانون مثالي نموذجي •  
يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولاً عملية لكل ما يمرض من مشاكل الحياة  
الاجتماعية في دقائقها وجزئياتها • فمثل هذا الإحاء لا يحتاج الى تدليل على  
بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه . إذ أن مشاكل الحياة  
الاجتماعية لا تعرض دائما بنفس الصورة في كل الجماعات . حتى يمكن الادعاء  
بوجود قانون مثالي ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون  
ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان •

من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب القانون الطبيعي في مطلع  
القرن الحالى الى الصول عن هذا الشطط المسرف في تصور فكرة القانون  
الطبيعي فقصرتها على بضعة مبادئ منالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الأدنى  
لأجل الأعلى للعمل • وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعي ، فهو لا يضع  
حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يكتفى بالتوجيه الى الحلول  
العملية التي تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، فهي في  
جوهرها موافقة للقانون الطبيعي ، أى ترد في مجموعها الى المثل الأعلى  
للعديل ، ذلك المثل الذي له من وجوده الذاتي ما يجعله خالدا ثابتا ، لا يتغير  
بتغير الزمان ولا بتغير المكان • فالقوانين الوضعية المختلفة انما تنتهي في  
جوهرها الى تلك الأصول العامة للعديل التي تكون القانون الطبيعي ، كما  
تنتهي السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترسدة بما  
يبحث اليها مناره من أضواء •

فكرة القانون الطبيعي انتهت اذن الى أن تعبر عن الدستور المثالي .

للمعدل الذى ينبغي أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو  
دسبور لا ينزل الى التفصيل والتعريف ، وإنما يقتصر على التوجيه والإلهام  
بما ينصمن من أصول عامة وموجبات مالية لفكرة العدل<sup>(١)</sup> ، لا تصلح بذاتها  
لتطبيق العمل - كمبدأ إتياء كل ذى حق حقه ، ومبدأ عدم الإضرار بالغير عن  
خطأ ، ومبدأ عدم الأثراء على حساب الغير دون سبب مشروع - وإنما  
نستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام لمجتمع حتى يخرج  
نظاما عادلا كما يستهدى الملاح بالبوصلة فيما يسلك من طريق حتى يقع على  
الضريق المأمونة الموصلة الى الغاية . فالقانون الطبيعى فى معناه الحديث اذن  
هو عبارة عن ثلث الاصول والموجبات العامة للمعدل التى تعتبر أساسا ومثلا  
أعلى لمتنظيم القانونى .

## ٦٢ - القانون الطبيعى والقانون الوضعى

يخصى من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعى مرت بمراحل متعددة ،  
فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ، ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجبات  
الاسية للمعدل . التى لها من خلودها ونبتها ما يجعلها أساسا للقوانين  
الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

وهذه الفكرة - فى صورتها الأخيرة - تعبر عن حقيقة ينبغي التسليم  
بها ، وهى ضرورة وجود موجه للارادة الانسانية ، فذلك الارادة أعجز عن  
الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه متالى تستند به وتستلهمه ، يتمثل فى  
مثل أعلى للمعدل . وهو مثل ما ونيت الانسانية وثبتت ابدًا عن التطعن اليه  
والسمى الى تحقيقه .

(١) انظر فى هذا المعنى :

Capitant op. cit., No. 9. — Collin, Capitant et De la Morandière, op. cit.,  
t. I, No. 3. — De la Gressaye et Latorde - Lacoste, op. cit., No. 73.  
Bédant, op. cit., Nos. 21 - 23 — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 150. 151.  
Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les  
autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 3 - 4.  
pp. 19 - 21.

سليمان مرقس ، المرجع السابق . فقرة ١٦٦ - عبد الفتاح عبد الجبار ، المرجع السابق .

. والقانون الطبيعي على هذا الوضع - أى باعتباره موجها مثاليا للعدل -  
انما يفرض نفسه على ارادة المشرع والدولة . فليست الدولة حرة فى وضع  
القواعد القانونية على هواها . وانما هى تلتزم باحترام هذا الوجه المثالى ،  
لأنها ليست الا خادمة لفكرة العدل . ومن هنا كان المثل الأعلى للعدل هو  
جوهر القانون ، والقوة التى تفرض احترامه على الناس . فالقانون الوضعى  
ينبغى أن يطاع لا لأنه هو القانون الذى وضعت الدولة أو استنتته الجماعة ،  
ولا لأنه هو القانون الذى ترصد الدولة على كفاية احترامه ما تملك من قوى  
مادية باطشة ولكن لأنه هو القانون العدل أى الذى يحقق المثل الأعلى للعدل .

غير أن القانون الطبيعى لا تقتصر وظيفته على الهام المشرع أو القانون  
الوضعى وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وانما تمتد هذه الوظيفة  
وتتبسط ، اذ يبقى القانون الطبيعى هو الملاذ الذى يلجأ اليه القاضى ان  
التمس الحل فى قواعد القانون الوضعى فأعوزه . فهو يوجه القاضى - كما  
وجه المشرع أو القانون الوضعى - الى جوهر القانون ، أى الى العدل الذى  
ينبغى أن يسود . وهو بذلك يمنع القاضى - كما منع المشرع أو القانون  
الوضعى - من التحكم والتقصاء بغير العدل . فيحفظ على القانون جوهره  
باعتباره مقيم العدل .

١  
وقد نبهت تشريعات كثيرة الى ما لفكرة القانون الطبيعى من أثر وخطير  
باعتبارها تتضمن توجيهها للقاضى الى المثل الأعلى للعدل يستنبهه فيما تقتصر  
عن تناوله قواعد القانون الوضعى . ومن ذلك نص المادة الأولى ( فقرة ثانية )  
من التقنين المدنى المصرى الحالى الذى يقضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى  
يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف » فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ  
الشريعة الإسلامية - فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد  
العدالة » .

. وليس هنا مجال تفصيل القول بشأن استلزام القاضى للقانون  
الطبيعى ، فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ، ونحن نبحث الآن فى تكوينه .  
ودور القانون الطبيعى فى هذا التكوين - كما أوضحنا - هو دور الوجه  
واللهم بما يتضمن من أصول مثالية للعدل . ولعل التعبير عن هذه الأصول

باصطلاح « القانون الطبيعى » كان من العوامل التى ساعدت على مهاجمة  
الفكرة التى تريد التعبير عنها من وجود مثل نعى للتنظيم القانونى ينبغى  
استدھامه فيدخل بذلك فى تكوين القواعد القانونية • ومن هنا قد يكون من  
الأوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعى » اصطلاح « المثل الأعلى  
للعدل » أو « موجهات العدل المثالية » •

وأيا كان الأمر ، فالقانون الطبيعى - أى المثل الأعلى للعدل أو موجهات  
العدل المثالية - يبقى اذن فى منطق هذا المذهب هو أساس القانون الوضعى  
وجوهره : اذ هو الملم بمقواعده عند تكوينها من ناحية ، وهو المكمل لما قد  
يضىّر - عند التطبيق - من قصورها ونقصها من ناحية أخرى •

غير أن الاقتصار على المثل الأعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون  
لجوهر القانون إنما يصير بسطر من الحقيقة دون الشطر الآخر ، اذ يبقى عنصر  
آخر هو عنصر انواق من الحياة الاجتماعية • وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة  
الواقعية • لكنها اندفعت الى مثل الاسراف الذى اندفعت اليه المدرسة المثالية  
ولكن فى اتجاه مضاد ، فجعلت منه جوهر القانون على ما سنعرضه الآن •

## الفصل الثاني

### المدرسة الواقعية

L'Ecole réaliste ou positiviste

٦٣ - تمهيد

سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر . فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه ميل أعلى للعدل يستخلصه العقل . وهذا المثل الأعلى - في منطق تلك المدرسة - هو الذي يسبغ على القانون صفة الشريعة التي تخلق طاعته في النفوس اختياراً بما يحمل من عدل وخير . وهو الذي يحل الالتجاء إلى القوة في سبيل أخذ المخالفين والمناقضين باحترام أحكامه ، إذ العدل دون قوة تسنده عدل أعرج ، فلا تريب على قوة تكفل إمامته وإقراره إذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء تبطش لتكون قوة بصيرة بعدل . فالمثل الأعلى عند المدرسة المثالية إذن إنما يمكن للقانون كسلطان عدل لا كسلطان جبر .

غير أن القرن التاسع عشر شهد مع تقدمه فلسفة جديدة تطلع فنذبح وتنتشر . تلك هي الفلسفة الواقعية . وهي فلسفة تناقض الفلسفة المثالية من حيث إنكارها لما تقوم عليه من تصور فكري تراه هي ضرباً من الحُدس والتخمين ينتزه عنه العلم بما ينبغي له من ضبط ونيات ويقين . ولذلك فهي لا تؤمن إلا بالواقع المحسوس الملموس الذي نسجله الشاهدة وتؤيده التجربة ، فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكداه مشاهدة أو تجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهي بهذا الوصف لا تعد معرفة علمية بالمعنى الصحيح . وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن نستلهم الاتفاق جميعاً ، ما بقيل نوجبها وما يستعصى عليه على السواء . فنذبت إلى القانون تريب أن تخضعه



والنصرف في الحياة الاجتماعية ، ينبغي التزامها اذا اريد عدم التعرض  
لاستنكار الناس(١) .

وقد يرتفع الاصل الاقتصادي أو الأصل الاخلاقي الى مرتبة الأصل  
القانوني (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار  
الاجتماعي عن طريق استخدام القوى المنظمة التي تحتكرها الحكومات اليوم  
في الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار في الجماعة .

ولكن متى يرتفع الأصل الاقتصادي أو الأخلاقي الى مرتبة الأصل  
القانوني الذي تكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعي ؟ لا يسلم « ديجي » بأن  
الأصل يصبح قانونيا بمجرد ترتيب اجبار اجتماعي على مخالفته ، والا انتهى  
الامر الى أن تكون الدولة - وهي التي تحتكر سلطة الاجبار في الجماعة - هي  
التي تخلق القانون ، مما يجعل القوة هي أساس القانون ، وهو ما لا يمكن  
قبوله . ولكنه يرى أن الأصل يصبح قانونيا عندما تدرك كتلة الأفراد المكونين  
للمجموعة أن احترامه ضروري لحفظ التضامن الاجتماعي ، وأن كفالة هذا  
الاحترام تقتضي استخدام قوة الاجبار الاجتماعي(٢) . أي أن معيار الأصل  
القانوني أو أساس القاعدة القانونية كان عند « ديجي » هو شعور جمهور  
الأفراد بالتضامن الاجتماعي ، وباختلاله ان لم يقف على كفالته قوة المجموعة  
المادة المنظمة .

ثم بدا لديجي في أواخر أيامه - إزاء ظهور عدم كفاية شعور التضامن  
كأساس للقاعدة القانونية - أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل . وهو  
يحرص على التنبيه الى أنه لا يقصد بهذا الشعور الأخير التعبير عن مبدأ أو  
مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل في ذاتها - فذلك ضرب من المسلمات  
الأولية التي يطرحها - وإنما يقصد به ذلك الشعور المبهم في قليل أو كثير -  
لدى جمهرة الأفراد في المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل(٣) .

Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 89 - 91. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 93 - 94. (٢)

Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 119. (٣)

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الافراد ، فذلك لانه كائن اجتماعي . ولكنه في ذات الوقت كائن فردي ، عنده شعور اناني أى شعور بنفسه وبأنه فرد نه قدز من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لا فكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل . ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الافراد وبحقوقه التى يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الآخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعداء عنيا(١) .

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التى تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التى تولد عنده شعور العدل . ومن هنا ، كان أساس القاعدة القانونية - فيما ينتهى اليه - ديجي ، - أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين : الأول هو « شعور الاجتماعية أو شعور التضامن (Sentiment de la socialité ou de la solidarité) والثانى هو « شعور العدل » (Sentiment de la justice) (٢) . وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الأساس الواقعى المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الأساس التقليدى الذى يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية .

فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجي » ليست هى القاعدة التى توضع بالتطبيق لأصل أو مثل أعلى ، كما يدعى مذهب القنانون الطبيعي ، ولا تلك القاعدة التى يقوم على كفاالة احترامها اجبار الدولة فعلا ، كما تدعى المذاهب التى تعقد القانون بمشيئة الدولة ، ولكنها هى تلك القاعدة التى يشعر جميعها انفراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعى ، وأن من العدل تسخير قوة الاجبار فى الجماعة لكفاالة احترامها(٣) .

Duguit, op. cit., t. I, No. 11, pp. 120, 121. (١)

Duguit, op. cit., No. 11, pp. 124, 125. (٢)

Duguit, op. cit., No. 12, pp. 127, 128. (٣)

فيرتبط فيها الحاضر بالماضي . ويمهد الحاضر للمستقبل . ومن هنا لم يكن القانون ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة ، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة . وامتداد لماضيها وتسلسل لتراثها . فهو يتكون من عمل صماء مستمر جماعي يسير ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصداها الخاصة للتسلسلة منذ الأزل (١) .

وعلى هذا النحو يمكن تشبيه قانون أمة معينة بلفتها ، فهما — كأي مظهر من مظاهر نشاط الأمة — يخضعان لظاهرة التطور اسماير تطور الأمة نفسها . فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لفتها بنفسها ، وتقاليدها — التي هي اثرات من تركة الأجيال المتصلة المتعاقبة — هي التي تسير على حفظ القانون كما تسير على حفظ اللغة ، وتسد القانون — كما تشد اللغة — في تطورها الى عربة الماضي حتى لا يوجد فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم (٢) .

فالقانون عند المذهب التاريخي اذن إنما ينبعث من جهد جماعي مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الأمة المتعاقبة ، وهو بذلك يكتسب صفة قومية وطنية خالصة تفرقه عن قوانين الأمم الأخرى ، لأنه إنما يتولد من الضمير الجماعي (La conscience collective) لكل أمة نتيجة من تفاعل ويرسب فيه على مر الزمان من حاجات هذه الأمة وطبيعتها ونزعاتها وميولها الخاصة . فهو يخضع في تكوينه ونموه اذن لتلك القوى الصامتة الحفية غير الواعية التي تعمل وتتفاعل في الضمير الجماعي لكل أمة ، وتكون تكويننا ذاتيا آليا لا نفعله ارادة انسانية أو تحولنا عن طريقه المرسوم (٣) .

ومن هنا كان العرف — في منطق هذا المذهب — هو الشكل الأكمل والأصدق للقانون ، لأنه تعبير مباشر آلى عن الضمير الجماعي الوطني ، وهو بذلك يفضل التشريع الذي يقتصر على أن يكون مجرد تعبير غير مباشر عن هذا الضمير . فدور المشرع اذن ليس هو خلق القانون — فالقانون يخلق نفسه —

(١) Charmont, op. cit., p. 20. — Roubier op. cit., No. 12, p. 110.

(٢) Roubier op. cit., No. 12, p. 100.

(٣) Capitaint, op. cit., No. 6. — Roubier op. cit., No. 12, p. 110.

وانما لا يعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعى وتطوره على مر الزمن<sup>(١)</sup> ، دون أن يسد اليه بتعديل أو تغيير . ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب لمتشريع بوجه عام وللقنين بوجه خاص . حيث تقوم الخشية من أن يقف التشريع أو القنين التطور التلقائى والجارى لقانون ، بتثبيت قواعده فى نصوص جامدة<sup>(٢)</sup> .

### ٦٦ - نقد المذهب التاريخى

تلك نظرة موجزة فى بيان الأسس التى قام عليها المذهب التاريخى والتعاليم التى يدعو اليها . وليس فى الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل فى وصول القانون بالبيئة التى يحكمها وبانجدة التى يتوجه الى تنظيم الأمر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعى مما ارتفع به عن واقع الحياة وأصبح عليه صفة تفكيرية عقلية محضة . وبذلك أسهم المذهب التاريخى بنصيب موفور فى بيان الصفة الاجتماعية للقانون ما يعسر خضوعه لظاهرة التطور<sup>(٣)</sup> .

ولكن هذا المذهب أسرف فى ربط القوانين بالجماعة اسرافا جعل من القانون مجرد نتج آلى ذاتى يخرج مما سماه بالضمير الجماعى . أى من تلك القوى غير الواعية المسكنة فى روح الجماعة ، فأغفل بذلك دور الانسان ونشاطه الواعى وقدرته الإرادية فى تكوين القانون .

ولئن كان من غير المنكور أثر البيئة وظروف الجماعة فى تكوين القانون إلا أنه ينبغى عدم الاقتصار على رد جوهر القانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعى ، يوجد وعى الانسان وعقله ، وهو ما يبصر بالقاية التى يجب على القانون استهدافها استيعاء من مثل أعلى يتمثله ويجتهد فى ترسمه . فالقانون - ليس كاللغة - عملا آليا يولد دون جهد أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانسانى - بما يستخلصه من مثل عليا - على توجيهه وتسميره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

(١) Saleilles, article précité, p. 83.

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 138.

(٣) Capitant, op. cit., No. 8. — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

فمن الخطأ إذن ما يندفع اليه هذا المذهب من قصر النظر - في عرف  
جوهر القانون - على ناحية دون أخرى ، مما يخرجه في نطاق النواقص  
الاجتماعي المحض الذي يخضع لسنة التطور التاريخي الآلى ، دون بعير  
بحكمة دور الإرادة الواعية والعقل الانساني في تكوينه (١) .

وكذلك فإن هذا المذهب بإغفاله كل جهد للانسان في تكوين القانون ،  
ودصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعي - باعتبار  
أنه يصدر عن هذا الضمير صدورا ذاتيا آليا - يقره الى نوع من الجبرية أو  
الحدرية التي تقعد بالهمم عن الاسراع في تطوير القانون ، ودفعه في سبيل  
الانحطاط والرقى (٢) . فيمسك الأفراد وقفا مكتنفي الأيدي انتظارا للتطور  
المحتمل - الذي يوجد به الزمن في صمت وبطء اذا بلغ الضمير الجماعي الأجل  
المأمون ، فأكملت له محتملات هذا التطور - لا يمكن له تحويلا ولا تمجيلا -  
فكان القانون يعضى - دون وعي أو شعور - الى مستقر له مجهول ، ويندفع  
معصوب العينين اندفاعا ذاتيا الى غير غاية أو هدف معلوم . وفي ذلك ما فيه  
من انكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية ، التي تحكم الظواهر  
الطبيعية . والقانون - كما سبق البيان - ليس من العلوم الطبيعية أو  
التقريرية حتى تصدق في حقه قواعد السببية ولكنه من العلوم أو النظم  
التفويمية التي نفترض غياية معينة محددة تستهدفها الإرادة الانسانية  
الواعية ، مما ينسج تقويم سلوك الأفراد وفقها والزمهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثار هذه النتائج التي ينتهي اليها المذهب التاريخي العقيد الألماني  
أهرنج (Jhering) ، ودفعته - وقد كان من أخصار هذا المذهب - الى  
مباحثته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم مذهب « الكفاح » (Lutte)  
أو « القارة » (But) .

وقد احتفظ في مذهبه الجديد هذا بما يمتنقه المذهب التاريخي من

---

Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123 — Roubier, op. cit.,  
No. 13, p. 111.

Roubier, op. cit., No. 13, p. 112 — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

خضوع القانون لظاهرة التطور . ولكنه رد هذا التطور الى الإرادة الانسانية العاقلة الواعية ، لا الى تلك القوى الخفية اللاشعورية التي تتفاعل في ضمير الجماعة . فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ولكنه يتنفي غاية مميته يسمى الى تحقيقها . ومن هنا لم يكن تطوره تطوراً أعمى يندفع على غير مدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية .

فالقانون اذن هو وسيلة مبصرة لادراك غاية مميته هي حفظ المجتمع ، وهذه الوسيلة تتحكم فيها وفي تكييفها - بما يكفل ادراك هذه الغاية - ارادة الانسان الواعية . والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آلياً - كما يدعى المذهب التاريخي - ولكنه وليد الإرادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعي وادراك (١) .

وما دام القانون لا يتطور آلياً ، ولكنه يتطور بفعل الإرادة الانسانية ، فتطوره لا يتم غالباً في يسر أو لين ، اذ يقوم التنسازع بين اصحاب المصالح المتعارضة في بقاء القانون وتطوره ويتوسل كل فريق بالكفاح لترحيل كفته ، فترتهن تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع ، والتاريخ حافل بأمشة السورات والكفاح المرير في سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها (٢) .

وأياً كان الرأي في مذهب اهرنج ، واسرافه في تحكيم الإرادة الانسانية وحدها في تكوين القانون وتطويره ، وتعليق ذلك على الكفاح الذي ترتهن نتيجته بالقوة لا بالعقل ، فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخي في رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لاشعورية ، وتصور القانون مندفعاً في تطوره الى غير غاية معلومة .

غير أن المآخذ على المذهب التاريخي لا تقف عند هذا المدى . فيبقى أنه

Charmont, op. cit., p. 89. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 111, 112. (١)

Jhering, Lutte pour le droit cité par Charmont, op. cit., p. 86. (٢)

يسمى الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى المصانفون وليد الروح الشعبي الجماعي بخصائصه القومية والوطنية التراكمية على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة (١) . وهو بذلك يفغل حقيقة واقعة ، هى أنه رغم اختلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمة وجماعة ، فتمتد قدر مشترك من الاسس والاصول العامة بين قوانين الامم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشرى ونشأته الطبيعية الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ، مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الارادة الانسانية البصيرة الواعية .

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى يحت يربطه بخصائص الأمة وتاريخها . فتمتد أمة ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليد وتاريخها ، ونقلت عن غيرها من الأمم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينها الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها . ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنية القانونية التوفيق الذى صاحب تطبيق نصوص القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية . وانجاح الذى صادفه فى مصر - منذ الربع الأخير من القرن الماضى - تطبيق الدساتير المختلفة والأهلية المنقولة نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنينات الفرنسية فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول .

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتباره الشكل الأمثل الذى يصدر به القانون ، فمجازاة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده . هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف - ان صحت فى عصور الانسانية الأولى حيث يكان يتكون القانون تكويننا آليا - فهى لا تصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من

---

Roubier, op. cit., No. 13, p. 112. (١)

( م ٩ - المدخل الى القانون )

المختارة شوطا غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتمازجت المصالح ، مما حتم تدخل الإرادة الواعية العاقلة ، بتصويب موقور - في تسيير القانون - ، وتخير أصح الوسائل وأقربها إلى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم - في أغلب الدول - هو الشكل الأعم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عمياء لتسجيل تكون القانون وتطوره الآلى ، ولكن كإرادة بصيرة قادرة موجهة ، تهيمن على مصائر القانون حتى حدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات إلى الأمام في سبيل التطور والتقدم (١) .

وأيا ما كان الأمر ، فقد أتيج للمذهب التاريخي الذويوع والانتشار في القرن التاسع عشر ، ثم توالى عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له . حتى غلب اليوم في الفقه مزعزع البنيان قليل الأنصار ، وإن بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التي ينشأ فيها ، ولكن كمعصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كمعصره الوحيد .

## البحث الثاني

### مذهب التضامن الاجتماعي (٢)

Le Doctrine de la Solidarité Sociale

## ٦٧ - تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطمع فلسفة جديدة هي الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الأفق . فتخضع لنهجها كل معرفة

(١) Rouhier, *ibid.* — Del Vecchio, *op. cit.*, pp. 139, 140. (١)

(٢) أهم المراجع :

Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3e éd., 1927, *Leçons de droit public général*, 1926. — Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Nos. 31, 33 - 38. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Nos. 115 - 123; t. IV, pp. 190 - 212. — Le Fur, *Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit*, *Arch. de phil. du droit*, 1932, Nos. 1 - 2 pp. 175 - 212. — Kira (H.), *La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien*, thèse, Paris, 1932, notamment, pp. 14 - 36. — Régis, *Théorie général du droit dans l'oeuvre de L. Duguit*, *Arch. de Phil. du Droit*, 1933, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.



انسانية ، دون تفرقة بين ما تناوله من ظواهر ، طبيعية كانت أو ارادية .

وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر فقهاء فرنسا هو « ديجي » (Duguit) ، فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والايمان واعتنق منهاجها العلمي الواقعي الذي يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة . فاجتهد في احضار القانون لهذا المنهاج الواقعي ، وتخليصه مما يهيمن عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مادي محسوس . وأسس - في سبيل ذلك - مذهب « التضامن الاجتماعي » .

### ٦٨ - أسس مذهب التضامن الاجتماعي

لم يفتّر « ديجي » في كل آثاره ومؤلفاته - عن الإلحاح في بيان منهاجه في البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعي بحت . وفي أن هذا المنهاج هو الكفيل وحده بتشييد نظرية علمية للقانون ، يختفي فيها التسليم ابتداء بأصول ومبادئ أولية تفرض فرضا أو يستخلصها جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس ، فذلك عنده ضرب من الخيال والأوهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل التثبت واليقين ، إلى دائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يستعصى الحكم إلا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزه عنه العلم الذي يستلزم الأحكام والضييق والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التي ينبغي أن تتوافر للقانون - توافرها لغيره من العلوم - تحتم عنده إذن عدم الاعتماد والتسليم فيه إلا بما تسجله « المشاهدة » (L'observation) وتؤيده « التجربة » (L'expérience) (١) .

ولم يكن ثمة مناص من أن يتأدى اتباع هذا النهج الواقعي البحث بديجي إلى أحداث انقلاب شامل في تصور القانون ، فينكر كثيرا من الأساس التي يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها

شخصية الدولة ، وفكرة النشأة ، وفكرة الأصول او الموجهات المنالية المهيمنة على وضع القواعد القانونية . وليس يعنيها في هذا المجال أن نعرض - من ذلك كله - الا لانكار الفكرة الأخيرة ، فهذا الإنكار هو الذى حدا بديجي الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبي ، هو ظاهرة التضامن الاجتماعي :

يبدأ «ديجي» بتسجيل الحقائق الواقعية التى تقطع المشاهدة والتجربة بصحتها . وأول هذه الحقائق عنده أن الانسان كائن اجتماعي لا يملك أن يعيش الا فى المجتمع ، فلقد عاش فيه دائما ، وسيعيش فيه أبدا (١) . ونانى هذه الحقائق أن الافراد فى المجتمع تربطهم رابطة تضامن (solidarité) . ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحياة المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو « التضامن بالاشتراك أو التشابه » فى نفس الحاجات (solidarité par similitude) . وكذلك فمقدورهم وكفائتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات فى نوع من « التضامن بتقسيم العمل » (solidarité par division du travail) (٢) .

فالانسان لا يعيش اذن الا فى مجتمع ، والمجتمع يرتبط افراده برابطة التضامن لأنهم لا يستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن لابد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقه .

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الأصل أو الحد الاجتماعي (norme sociale) ، الذى يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعي ، كما يوجب العمل على تحقيق هذا التضامن وتنميته . والأصل الاجتماعي قد يكون مجرد أصل اقتصادي (norme économique) حينما يحكم نشاط الأفراد المتصل بالتداول واستهلاك الثروات ، ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققة فى الثروة . وقد يكون أصلا أخلاقيا (norme morale) ، يضع قواعد للآداب

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 3, pp. 65 - 66.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 7, pp. 66 - 68.

لمنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكري لا يقوم على أساس من الواقع  
المشاهد للجرب .

ولقد استعملت هذه الفلسفة الواقعية - بماديتها التي تجر إليها  
القانون - في مذهبين : مذهب نيت في ألمانيا في النصف الأول من القرن  
الثامن عشر هو المذهب التاريخي ، فو كما يسميه بعض الكتاب مذهب  
« التطور التاريخي » ، أيضا لما يقوم عليه من فكرة تطور القوانين تطورا  
آليا . ومذهب ظهر في فرنسا وكثر اتصاله في أواخر القرن الماضي والثلاث  
الأول من القرن الحالي . ثم قترت الحداثة له وضعف سنده في الفقه اليوم ،  
هو مذهب التضامن الاجتماعي الذي يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعي  
محض هو وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع . وتعرض قريبا إلى لكل من  
هذين المذهبين في مبحث على حدة ، لنرى حظ المدرسة الواقعية من تحديد  
جوهر القاعدة القانونية .

## المبحث الأول

### المذهب التاريخي (١)

L'Ecole Historique

## ٦٤ - تمهيد

نجد ازعاضات هذا المذهب في فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند  
الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) (٢) ، فقد أظهر أثر البيئة في

(١) أهم المراجع :

Brudant, op. cit., pp. 120 - 215. — Capitain, op. cit., Nos. 5, 6. — Char-  
mont, op. cit., pp. 77 - 96. Del Vecchio, op. cit., pp. 136 - 141. — Du  
Pasquier, op. cit., No. 244. — Rommen, op. cit., pp. 140 - 146. — Rou-  
mier, op. cit., No. 12, pp. 106 - 114. — Saleilles, article précité. —  
Friedmann, pp. 119 - 122.

عبد الرزاق السنهوري وحشت أبو حنيفة ، المرجع السابق ، فقرات ٣٦ - ٣٨ .  
(٢) إذ يقول : « ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له . حتى أنه يكون  
محض مصادفة أن توافق قوانين أمة أخرى ... فالتقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد  
ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب .. ودين السكان وميولهم وأخلاقهم  
وعاداتهم » .

Montesquieu, op. cit., Livre I, Chapitre III, pp. 10 - 11.

اختلاف القوانين في كتابه « روح الشرائع » . وكذلك فقد عبر الفقيه بورتاليس (Portalis) ، أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في مفتتح القرن التاسع عشر ، عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخي فيما بعد ، هي أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية ، حيث يقول : « تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن فهي - في الحق - لا تصنع » (١) .

ثم خرج من هذه الإحصاءات المتناثرة العذبة مذهب محدد الأسس ، واضح المعالم ، هو المعروف باسم المذهب التاريخي . وهو الذي ظهر على يد سافيني Savigny ، حين قام يحارب فكرة الدعوة التي ظهرت في ألمانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدني أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين في هذا المجال . فناهض - في هذا الصدد - مذهب القانون الطبيعي وما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادي . وأظهر أن العبرة في القانون هي بالقواعد القانونية السائدة التي تسجلها المشاهدة وتمزجها التجربة في مجتمع معين . وقد دلت التجربة على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير في الزمان والمكان ، يخضع في ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقا ومسائرا لتطور البيئة نفسها ، مما يستلزم معه تحديثه وتثبيته في تقنين تثبيتا يفضي الى جموده وقعوده عن حركة التطور .

#### ٦٥ - تعاليم المذهب التاريخي

القانون - في منطق المذهب التاريخي - ليس من خلق إرادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى إدراك غاية معينة ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجة الجماعة وما يتفاعل في وجدانها من عوامل .

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التي يحدها زمن معين أو يمثلها جيل معين ، وإنما هي كالسلسلة تتدرج في حلقاتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمن .

## ٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي

أول وأهم ما يرد من نقد على مذهب « ديجي » هو منهج الواقعي التجريبي الذي يريد أن يخضع له القانون ، فإن مثل هذا المنهج ، إن كان يصدق في شأن الظواهر الطبيعية التي تخضع لناموس « السببية » *causalité* لها حيث لا ينصور تخلف النتيجة إن وجد السبب ، فهو لا يصدق في شأن الظاهرة الإرادية التي تخضع لناموس « الضاية » *finalité* (La) حيث ينصور تخلف الإرادة عن تحقيق الغاية المرسومة .

ذلك أن الظواهر الطبيعية مسيرة لا مخيرة تتحقق آليا إذا توافرت أسبابها . أما الظواهر الإرادية فلا يوجد في شأنها إلا واجب تحقيق غاية معينة ، فتملك الإرادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء ، فالقانون - وهو يحكم الظواهر الإرادية - لا يملك إخضاع الفرد قسرا لفعل معين كما يملك إخضاعه لذلك قانون الجاذبية مثلا ، إذ ليس هو بقانون وجوده وإنما هو قانون واجبه فحسب . والوجود إن كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فلا كذلك الواجب . إذ الواجب مفروض لإدراك غاية مرسومة ، والضاية إنما يسموها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ، ويفرضها - كمن أعلى - فرضا مسلما لا يقبل النقاش .

ومن هنا ، فالقانون - وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة - إنما يقوم سدك الأفراد الحاصل في العمل تقويما يوافق تلك الغاية . فهو لا يفتح إذن إصدار أحكام تقريرية *jugements de réalité ou d'existence* تسجل الواقع الذي شهدت به التجربة ، شأن العلوم الطبيعية ، ولكنه يجاوز ذلك إلى إصدار أحكام تقريبية *jugements de valeur* في شأن الواقع ، أي يعطي للواقع قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل (١) . فالقانون لا يقرر إذن ما هو كائن . وإنما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغي أن

---

(١) راجع في التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الإرادية ، وفي التفرقة بين الأحكام التقريرية والأحكام التقويمية :

Baudin, Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 100, 161. —

يكون ، أى ينتقل من الواقع الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم .

كل ذلك يوضح عن أن الواجب لا يمكن أن يخرج من الواقع ، أى أن انسانون لا يمكن أن يخرج من المشاهدة والتجربة ، وانما هو أساسا عمل تقويمى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس . فاختصاص انقانون للنهاج الواقعى التجريبي اذن - كما يفعل « ديجى » - انما هو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته مما ينتهى به الى أن يستمد شرعيته فى النفوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه . وهذا ما ينزلق اليه « ديجى » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعدة واقع ، تفرض على الأفراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أيا كان ، فهي عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا لأن هذا خير أو نافع تتوقف عليه سعادتك ، بل تقول له افعل هذا لأن هذا كائن ... » (١) . فماذا يبقى للقانون من قسمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟ (٢)

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على « ديجى » أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبي الى ما وراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهجه العلمى الذى يلتزم به (٣) . فهو يقيم القساعة القانونية على أساس شعور التضامن بين الأفراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع متثبت منه بالمشاهدة والتجربة . ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا ، فكم واقع تجريبي آخر هو التنافس والتنازع بين الأفراد فى المجتمع . فكيف تخر

Bonnard, L'Origine de l'ordonnement juridique, Mélanges Hauriou, pp. 61 - 64. —

R. Capitant, thèse précitée, pp. 1 et s.; note "1", pp. 90, 91. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 22, 30, 80 — Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, Nos. 94 et s. — Régis, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1928, Nos. 3 - 4 pp. 185 et s. — Roubier, op. cit., No. 14, pp. 126 et s. — Notre thèse précitée, pp. 19 - 22.

Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16. (١)

Notre thèse précitée, p. 34. (٢)

(٣) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. II, No. 133, p. 264 et s. — Cuche, Conférences de philosophie du droit, 1928, 2e conf., pp. 52 - 53.

« ديجي » شعور التضامن دون شعور التنازع بين الأفراد وحيطة أساساً للقاعدة القانونية ، إلا أن يكون قد عمد إلى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أهل يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير إلى التقويم . فخرج من المحسوس إلى ما وراء المحسوس ، وجاوز تطلق العلم إلى نطاق الفكر<sup>(١)</sup> .

هذا فضلاً عن أن التضامن فيه الصالح وانطالع ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أياً كان أو التضامن الطالح ، وإنما الذي لا شك فيه أن « ديجي » قد قصد التضامن في الخير والعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكماً تقويمياً على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير في شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذي يلتزمه . فالتضامن إذن - كحقيقة واقعية تجريبية - لا يصلح أساساً للقاعدة القانونية إلا بإعطائه قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ النواقع أساساً للقانون .

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذي حمل « ديجي » في أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون . وقد كان ذلك خليقاً أن يتيح له الأساس السليم لهذه ، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذي يتمثله له جمهور الأفراد ، فلم يرتفع إلى فكرة العدل في ذاته كفكرة مثالية مجردة . ولا يحتاج مثل هذا النظر إلى التذليل على ما يجرب إليه من خطر تحكم الأهواء والمقائد والنزعات ، إذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصي صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل بفرضها على الناس . وليس يدرك القانون غايته ، فيأمن الفوضى والتحكم ، إلا إذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية .

ومن هنا ، ينبغي - في تأصيل القانون - الاستناد إلى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا إلى واقع ما يتمثله جمهور الأفراد في جساعة من الجساعات

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشت إير ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ .

للمعدل ، فالأفراد هم الذين يخضعون للمعدل وليس المعدل هو الذى يخضع للأفراد حتى يرتفعوا بأدراكهم أو اعتقادهم . والقول بغير ذلك - كما يذهب « ديجي » - يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية - التى وجدت فى الجماعات القديمة ، والتى ما زالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة - نظما عادلة ، لجرد شعور الأفراد فى هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ، وهو ما لا يمكن التسليم به<sup>(١)</sup> .

ويبقى بعد ذلك أن مذهب « ديجي » يحتم منطق جعل القاعدة القانونية رهنا بشعور واردة أغلبية الأفراد . وهو ، وإن كان يتحرز من التصريح بذلك ، إذ يتكلم حيث عن « الإجماع » (Unanimité) وحيث آخر عن « شبه الإجماع » (Quasi-Unanimité) <sup>(٢)</sup> ، وغالبا عن « جمهور الأفراد » (La masse des individus) <sup>(٣)</sup> ، إلا أن ظروف العمل لا تسمح بتوافر إجماع الأفراد فى الجماعة على شعور معين بشأن التضامن أو المعدل ، ولا بما يقرب من الإجماع على ذلك . فلا ينبغي إذن إلا أن يكون المقصود هو كثرة الأفراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد يفصح عنه اصطلاح « جمهور الأفراد » الذى يكثر « ديجي » من ترديده . فكان القاعدة القانونية فى مذهب « ديجي » تنهى الى أن تكون هى تلك القاعدة التى يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعى يحتل إذا لم يكفل احتراميا . وعنى أن من المعدل كفالة هذا الاحترام بقوة الإجماع .

وتعليق الأمر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به فى شأن القاعدة القانونية ، فلا عبرة فى مجال الحقائق بقله العدد أو وفرته . فاشقة توحدها نفسا وجودا مستقلا عن وجودها فى شعور الناس ومعتقداتهم . بحيث لا ينقص منها أو ينقصها أنه لا يعتنقها إلا قلة من الأفراد ، أو حتى أنه

Notre thèse précitée, p. 31. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 124. (٢)

Duguit, op. cit., t. I, No. 6, p. 81; No. 8, p. 94; No. 12, p. 137. (٣)

No. 12 p. 141.



لا يحتنقها أحد من الأفراد • فرغبة أغلبية الأفراد في جماعة من الجماعات مثلا في اإباحة تصاطي المخدرات ، لا تثبت بحال من الأحوال فضل الإباحة على التحريم في هذا الشأن • وفي الصور القديمة كان الإجماع أو شبه الإجماع منقدا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير شرعية هذا النظام •

والهم أن تعليق القاعدة القانونية بإرادة الأغلبية - كما ينتهي الى ذلك فعلا مذهب « ديجي » - فيه مناقضة للغاية التي كان يسمى اليها « ديجي » من التفرقة بين « القانون الحقيقي أو الموضوعي » (Le droit objectif) وبين « القانون الوضعي أو المطبق » (Le droit positif) ، أي بين القانون في ذاته وجوهره ، وبينه في تطبيقه وإيجابيته • اذ ينتهي الأمر عملا الى أن يكون القانون الحقيقي أو الموضوعي هو نفسه القانون الوضعي ما دام أنه مرتين بإرادة الأغلبية ، وإرادة الأغلبية - في الدول التي تسود فيها الديمقراطية اليوم - هي التي تصنع أكثر قواعد القانون الوضعي ، فتصبح القاعدة القانونية بذلك هي القاعدة المطبقة في العمل • وتلك نتيجة تقرب من النتيجة التي ينتهي اليها مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة ، ذلك المذهب الذي حاربه « ديجي » نفسه وعارضه بمذهبه في وجود قانون أعلى مستقن عن القانون الوضعي ، وهو القانون الحقيقي الذي يتكون في شعور الأفراد •

وأيا ما كان الأمر ، فلم يتج مذهب « ديجي » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه • فظل الفقه في كثرته القابلة متكررا له بصرا بخطا ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعي للقاعدة القانونية ، مما حمل أنصاره - بعد موت صاحبه - على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه • ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور في زعزعة الاعتقاد الذي كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقل بحت ، بما سلط من أفسوس على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القانون • فلا يتصور - في تأسيس القانون وتأميله - اغفال هذه الحقائق ، وإن يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التي يساهم بها العقل كما فعل « ديجي » •

## الفصل الثالث

### الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية

#### ٧٠ - ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن القلو والاسراف في تصور جوهر القانون هما طبع فقه كل من المدرستين المتعارضتين : المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية . ويرد هذا القلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون أخرى . في حين أنه ينبغي - في تصور جوهر القانون - النظر الى الناحيتين جميعا دون الاختصار على ناحية دون أخرى . فمن وجه ، اذا كان للانسان وجود محسوس ككائن مادي يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمي واقعي تجريبي ، فينبغي عدم إغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحي يستعصي على المنهج التجريبي ولا يخضع ألا لما يمليه العقل - فيما وراء دائرة المشاهدة والحس - من غاية ومثل عليا . ومن وجه آخر ، فالقاعدة القانونية التي تحكم سلوك الانسان في المجتمع ، هي قبل كل شيء قاعدة تقويمية : لا تقنص بتقرير الواقع ، الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تتجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل أعلى ، فالواقع وحده قاصر عن تكوين القاعدة القانونية أو تأسيسها لأن المشاهدة - ان كانت تملك تسجيل الواقع - فهي تعجز عن تقويمه ، إذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس .

ولذلك فتكوين القاعدة القانونية ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمتنظياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب في شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى ، فيؤ

عمل على ، وعقل في آن واحد • وقد غمت كثرة الفقهاء الغالبة اليوم تؤيد هذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجميع بذلك بين فقه المدرسة الثالثة وفقه المدرسة الواقعية • ولقد بدأ السير في هذا الطريق وأرسى أسسه الفقيه الفرنسي العظيم « جيني » (Gény) ثم تبعه الفقه الحديث - مع خلاف يسير في التفصيل أو التقسيم - فرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعي وعنصر مثالي •

ولذلك نقسم الكلام في هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - في العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني » •

المبحث الثاني - في عنصر الواقع وعنصر ائثال في تكوين جوهر القاعدة القانونية •

## المبحث الأول

### العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني »

٧١ - تمهيد

يرجع الى الفقيه الفرنسي العظيم «جيني» (Gény) أكبر الفضل في التفرقة - بصدد تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل ، في مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي » (science et technique en droit privé positif) فالجوهر أو المادة الأولية (donné) ، هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية طبقاً لنظر أعلى معين ، والشكل أو البناء (construit) . هو الصورة أو الهيئة التي تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحاً للتطبيق في نطاق العمل • وقد فضل « جيني » تسمية الجوهر أو المادة الأولية : « العلم » (la science) ، وتسمية الشكل أو البناء ، « الصناعة » أو « الصياغة » (la technique) • وقد رسخت هذه التفرقة بين

الجوهر والشكك أو بين المسلم والصياغة حتى صارت اليوم من الأسس التقليدية المسطرة في فقه أصول القانون .

وليس يعني في هذا البحث إلا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو ما يسمى « جيني » : « المسلم » . وينبغي التنبيه في هذا المقام إلى أن اصطلاح « الصم » هنا لا يقصد به « جيني » المعنى الضيق الذي يقصده أصحاب المدرسة الواقعية أي المعرفة اليقينية المستندة إلى المشاهدة والتجربة بل أنه يقصد به المعنى الواسع ، أي كسل معرفة منطقية منهجية ، تجريبية كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج - في تصويره لجوهر القاعدة القانونية أو لعنص العلم فيها - بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية فيرد هذا الجوهر إلى حقائق بعضها تجريبي وبعضها عقل . وهي في مجملها حقائق أربع ، الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية والحقائق المثالية . فنعرض لكل منها على التوالي .

#### ٧٢ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية (données réelles ou naturelles)

هي تلك الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والحرارة وتكوين الإنسان العضوي أو الجسمي . وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الأخلاقية أو الشعور الدني ، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ، أو قوى سياسية أو اجتماعية (١) .

غير أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الأقل تكون البيئة اللازمة لنشوتها . فهي إذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها في الاعتبار ، إن لم يكن شيء .

فلتثبيت الوضع الذى تعرض به مسائل القانون أو لتحديد مداها ابتداء (١) .

فمثلا وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى يمكن ارتباطهما ارتباطا من نوع خاص ، يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية ، سر مسألة التنظيم القانوني مثل هذا الارتباط . وإذا كانت هذه الحقيقة لا تستلزم بفردتها تحديد قواعد الزواج ، فهي على الأقل تبين فكرته . لتوضح مثلا أن هذا الارتباط - أيا كانت القواعد التي يجب أن تحكمه - لا يمكن أن يوجد بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس . وكذلك فإن الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والأنثى تقود إلى التسليم باختلاف في المركز القانوني بين الزوج والزوجة في هذا الارتباط ، وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للمبنة الاجتماعية في التأثير فيه وتوجيهه ، بما تعمل على توسيعه أو تضيقه (٢) .

وهذه الحقائق الواقعية أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية البينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهي حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق . وهذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فني مصطنع ، تفرض هذه الحقائق على الإرادة فرضا حتميا ، مما يجعلها شرطا أساسيا جوهريا لإنشاء القاعدة القانونية وإن لم يجعلها كافية وحدها لتبنيها والاستقلال بخلقها (٣) .

### ٧٣ - الحقائق التاريخية (Les données historiques)

تشمل هذه الحقائق ما تكون من قواعد تنظيم الحياة والسلوك في المجتمع . ثبتت على مر الزمن مما أكسبها صلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها

(١) Gén. op. cit., No. 167, pp. 371, 372.

(٢) Gén. op. cit., No. 167, pp. 372, 373.

(٣) Gén. op. cit., No. 167, p. 375.

تربا مكتسبا لا يمكن اغفاله أو التحلل منه كليا في تكوين القانون (١) .  
وهذا التراث التاريخي من الاوضاع القانونية ، لا يكون - الحقائق الواقعية -  
من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قواعد متكونة جاهزة صالحة  
توجيه نشاط الأفراد في المجتمع (٢) .

فاتحدد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم - باستقراء الحقائق  
التاريخية وحدها - في شكل الزواج ، أي في شكل نظام محكم الشروط  
والآثار - على اختلاف في ذلك بحسب الزمان والمكان - وخاضع دائما لرقابة  
سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية - فمثل  
هذا النظام يبدو إذن نتيجة لسامل المدة الذي يضاف الى الحقائق الواقعية  
فيكسبها قوة وهيبة .

فمن المحال إذن اغفال دور الحقائق التاريخية في تكوين القانون . إذ  
يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانوني جديد . فهي نتيجة خبرة تولدت  
عن طول التجربة مما يجعل لها حجة مسلمة . ليست بالملقة ولا الدائمة ،  
وتكفيها حجة مؤقتة ، لا تصد عن التطور وإن تكن تعصم من الاندفاع أو  
التهور (٣) .

وهذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ، فالتاريخ ليس  
سوى التجربة التي مرت بها الإنسانية فيكون شأن في نعرفه وتسجيله الى  
مجرد المساعدة . والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون  
أساسا راسيا ، فبعض الأنظمة القانونية الرئيسية ، كنظام الملكية الفردية  
الذي ما زال أساسه العقل محل خلاف كبير ، تجد سندها في التطور التاريخي  
الذي خرجت منه (٤) .

---

Gény. op. cit., No. 168, p. 376. (١)

Gény. op. cit., No. 168, p. 377. (٢)

Gény. op. cit., No. 168, p. 378. (٣)

Gény. op. cit., No. 168, p. 379. (٤)

## ٧٤ - الحقائق العقلية (Les données rationnelles)

لا تكفى الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخية لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الأفراد في المجتمع توجيهها مقننا . فمثل هذا التوجيه ، الذى يخضع لحكم الارادة العاقلة للإنسان ، لا يمكن انتماسه أو استخلاصه من حقيقة الواقع أو من حجية التقيد وحده . وإنما هو يلتصق فى أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملاسة حقائق الواقع والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون (١) . ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقلية بالنصيب الأكبر المرجع فى تكوين جوهر القاعدة القانونية .

وهذه الحقائق العقلية تكون عند جينى الجوهر الأساسى لفكرة القانون الطبيعى ، أى قواعد السلوك التى يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان ومن اتصاله بالناس فى المجتمع . وهى بوصفها تفرض على العقل أو الذهن وتوافق مقتضيات الأشياء ، تكون محتومة كما تكون عالمية ثابتة (٢) .

ورغم أن الحتمية التى تحكم هذه الحقائق ليست مادية - كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية - بل معنوية محض ، فهى أصل - نظرا الى موضوعها - لفكر القانون الطبيعى بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالية وخلود . ولكن « جينى » يفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعا لما قد ينشأ من تسميتها بالقانون الطبيعى من خلط فى الأذهان ، ولأن العقل هو الأداة المستعملة فى استخلاصها . ورغم ذلك ، فهى تظل تعنى تلك المبادئ التى يستخلصها المنحصر العقل لحقائق الواقع والتاريخ ، فى سبيل توجيه سلوك الأفراد فى المجتمع . ولكنها - حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى فى تكوين القاعدة القانونية - ينبغي ألا تتضمن من المبادئ أو القواعد إلا ما يظهر العقل أن طبيعة الإنسان تفرضه فرضا محتوما دون بسطها على غيرها من المبادئ التى تخص مطاعم أو نزعات مثالية . فالحقائق العقلية إذن تتضمن

(١) Gény, op. cit., No. 100, p. 200.

(٢) Gény, op. cit., No. 100, p. 201.

المبادئ الضرورية لا الكمالية (١) .

فطبيعة الانسان - كما يفرضها العقل - نحن منلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لاسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشئ عن الرضى والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من اولاد(٢) . فليس لمجرد الارتباط الترقى أو العابر بين الجنسين اذن - فى منطق الطبيعة والعقل - أية صفة شرعية .

ولكن الحقائق العقلية لا تتجاوز مثل هذا القدر الضرورى المعتبر حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجة ولا ابدية الزواج وعدم قابليته للانقضاء ، ولا تحريم الزواج ببعض الأقارب من غير الأصول أو الفروع . فانه وان تكن مثل هذه المبادئ جديرة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو فى التفكير الأخلاقى وأهلا لتصبح بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ، الا أنها تظل دائسا فى نطاق المثل العليا ، مما يتصدر منه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق . فالحقائق العقلية بطبيعتها انما تقتصر على النطاق الضيق للعقل ، فلا تتضمن الا القواعد التى يستخلصها العقل دون منازعة من طبيعة الانسان وطبيعة الحياة فى المجتمع(٣) .

ويعترف جينى للحقائق العقلية بصفة علمية - لا بالمعنى الدقيق - ولكن بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقل تفكيرى ، ينفذ الى جوهر الأشياء بوسائله المسلسلة الخاصة فى المعرفة دون الوسائل المتنازع فى قيمتها ، وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقلية من أن تضع من القواعد ما تفرضه فرضا

Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382. (١)

Gény, op. cit., No. 169, p. 382. (٢)

Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382. (٣)



جائزاً ما يبادل جزمه وحتمه الحتم المبادئ الملازم للحقائق الواقعية أو الطبيعية .  
وإن أمكن مع ذلك تصور جحدها وانكارها في الواقع . ومن هنا ، تكون لها  
الغلبة على الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس لنحقات المثالية التي تستهدف  
الكمال بها (١) .

#### ٧٥ - الحقائق المثالية (données idéales)

يستطرد « جيني » فيذكر أنه ينبغي الاعتراف - إلى جنب الحقائق  
الأسماقة - بنوع آخر من الحقائق يجمع ويركز كنى الآمال والمطامح الانسانية  
في التقدم المبرر للقانون ، فخارج نطاق التنظيم القانوني الذي تفرضه حقائق  
الحياة الواقعية أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ تبدو جملة  
اعتبارات مادية أو نفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية لا تقرر  
قواعد سلوك جديدة . ولكنها تتضمن بعض الانجاهات والنزعات المثالية أو  
الكمالية للنظام القانوني والعلاقات القانونية . فهذه حقائق مثالية محض ،  
لا تعبر عن وقائع محسوسة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ،  
ولا هي تراث تاريخي مكتسب ، ولكن عن رغبة في التقدم والسمو ونزعة إلى  
تحقيق بعض المبادئ الكمالية زيادة على ما يفرضه العقل من مبادئ  
ضرورية . فهذه الحقائق إنما تعبر إذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم  
مأمول للعلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها امدنية والشعور العام في  
الجماعة (٢) .

ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج  
بامتناع انحلاله عن طريق الطلاق . فمثل هذه حقائق لا يفرضها العقل  
كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كدلى لنظام الزواج . فليس  
بنفى العقل فكرة تمدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى  
بالاكفاء بزوجة واحدة وبدوام رابطة الزوجية قائمة لا يحلها إلا الموت .

Gény, op. cit., No. 169, p. 384. (١)

Gény, op. cit., No. 170, pp. 384, 385. (٢)

يكون مثل هذه الحقائق المثالية لا تمثل مفاهيم عقلية مطلقة . وإنما مجرد أمانى أخلاقية أو اجتماعية للمدينة في الجماعة لا يجعل لها صفة عقلية أو خالدة (١) كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التي لها ميز إطلاقها وموضوعيتها ما يضمن لها العالمية والثبات والخلود . ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان ، فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الدهن ، وتبقى بذلك في عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، إلا أن من العسير إعطائها بوجه عام صفة عقلية بحتة . فهي لا تأتي من معرفة عقلية ولكن من تلك القوى غير الواضحة التي تندرج تحت اسم الإيمان أو العاطفة والتي تعدد بطريقة غامضة - وإن تكن مؤكدة - ما يوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وأرادات مشتركة ، مما يضيء على هذه المعتقدات والإرادات صفة موضوعية كافية .

وليس المقصود بذلك هو الرأي العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية التي قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين . وإنما المقصود هو تلك القوى التي تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من جفافها وصرامتها ، مما يجعلها محلاً لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التي تكلف عنها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية (٢) .

وغنى عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجة التي تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أي حال تقوم بدور أساسي لا يمكن اغفاله في تكملة هذه الحقائق الأخيرة . بل هي - فضلاً عن ذلك - تؤدي الى التخفيف من صرامة النتائج التي قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الأسمى الذي تفرضه مطامح الإنسان الواسعة المتطورة . وهي قد تتيح كذلك تغيير

Gény, op. cit., No. 170, p. 387. (١)

Gény, ibid. (٢)

بعض النظم التي تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتي لم تعد تساهم  
درجة التقدم والمدنية التي بلغتها الجماعة (١) .

### ٧٦ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

نذكّر في الحقائق الأربع التي يراها « جيني » مكونة الجوهر القاعدية  
القانونية . ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقلية هي أهمها  
جميعاً . إذ الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية - كأساس محكم لكل  
الجوهر - لا تتطلب إلا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة إلى نشاط  
ذهني أو شخصي . والحقائق المثالية لا تتدخل إلا للسمو بالقواعد التي  
يفرضها العقل مستنداً بالواقع أو التاريخ . وعلى هذا النحو ينتهي جيني إلى  
اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية  
هي أساساً عمل عقلي ، والحقائق العقلية هي التي توقفتنا على فكرة العدل التي  
تعين على إقامة النظام والأمن في الحياة الاجتماعية (٢) .

والخلاصة ما تقدم أن « جيني » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهي  
عنده الأساس الجوهري للقاعدة القانونية . وهذه الحقائق تعتمد على بعض  
الحقائق الواقعية أو الطبيعية . والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت في الحياة  
الاجتماعية إلا بفضل نمو تاريخي يسلكها في سلك التطور الاجتماعي . وهذا  
التطور لا يتم إلا تحت تأثير مثل أعلى يسمو بالطبيعة والواقع ، ويخفف من  
صرامة مسلمات العقل .

---

(١) فمثلاً يقتضي العقل بأن مناطق التعويض عن الضرر هو وجود خطأ في جانب من تسبب  
في أحداث هذا الضرر - ولكن إطلاق هذه العقيلة العقلية يؤدي في بعض الحالات إلى نتائج  
طاللة . فبعد انتشار الصناعة كثرت إصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من المصنوع  
على العمال غالباً إثبات خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، مما انتهى إلى ترك العمال  
المضايق دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الإصابات . وهنا تدخلت نزعة العصر الخالية نحو  
توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع في العيشة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك  
النتيجة الطاللة لضمان حصول العمال على تعويض عن إصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ في  
جانب رب العمل (Gény, op. cit., No. 170, p. 388).

(٢) Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390.

فالأساس اذن هو الحقائق العقلية التي تسجل في اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية . ومن هنا ، يفهم منطق « جيني » في استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية أى في استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء التي يعتبر الانسان جزءا منها ترتفع على ارادات الأفراد وأهوائهم ، وتقرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية حتى لا يجدوا مناسبا من الموضوع لها (١) .

## البحث الثاني

### عناصر الواقع وعنصر الثال في تكوين القاعدة القانونية

#### ٧٧ - ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والثال معا

أول ما يراعى بشأن الحقائق الأربع المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني » هو أنه يعطيها صبغة علمية ليست لها كلها . فهو نفسه يعترف بأن من الصير اعتبار الحقائق التالية حقائق علمية اذ هي انما تتولد من قوى مبهمة غير واضحة كالعاطفة والإيمان . وهو لا يصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بجاوזה المعنى الدقيق لاصطلاح « العلم » وبسطه الى كل معرفة منطقية صحيحة ، دون تقييد بأن تكون معرفة تجريبية . ومن هنا ، فلا يبقى من ~~الصفات الأربع~~ ما تكون له صفة علمية بالمعنى الاصطلاحي الدقيق الا النوعان الآخران من الحقائق أى الحقائق الواقعية ( أو الطبيعية ) والحقائق التاريخية ، فهذه حقائق تجريبية محض تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة .

هذا فضلا عن أن من المسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية . فلا تصدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هي تراث تاريخي قد اكتسبته الجماعة على مر الأجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها . وكذلك الشأن في التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق

الثالثة ، فالثانية انما تستخلص تدريجيا من الأولى تبعا لاطراد نوعة الكمال وبالتقدم (١) .

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذى يجب أن يرد اليه تحليل عناصر القاعدة القانونية ، وتحديد ما يتخلف أو يتوافر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق . ومن هنا ، يمكن اختزال حقائق « جيني » الأربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

١ - حقائق علمية تجريبية ، تخضع للمنهج التجريبي البحت ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية على السواء .

٢ - حقائق عقلية تفكيرية ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية .

نفسه  
وهذان النوعان من الحقائق انما يسيران عن طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها . فالقاعدة القانونية - كما سبق البيان - انما هي تكليف بواجب ، ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع . أى أن القاعدة القانونية انما تفترض أولا واقعا يراد تمييز ما يجب منه وما لا يجب ، وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على مثل أعلى ، تقويما يتمين به الواجب فى شأن هذا الواقع . اما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة إذ يدخل فى نطاق المحسوس أى يخضع فى تعرفه لمنهج علمى تجريبى دقيق ، ولذلك فهو الذى يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلمية التجريبية . ولما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية فى ذاته ، والمثل الأعلى ٧ يستخلص من المشاهدة ولا من التجربة فهو من عالم ما وراء المحسوس يستخلص بالعقل ، مما يضيف - ان الحقائق العلمية التجريبية - حقائق أخرى عقلية تفكيرية .

فالقانون اذن ليس عملا علميا. بحثا كما تذهب الى ذلك المدرسة النواقصة ، ولا هو عمل عقل تفكيرى بحث كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية . ولكنه عمل مزدوج مختلف : هو عمل علمي ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريراً علمياً على ضوء المساعدة والتجربة . وهو عمل عقل ، اذ يحتاج الى تقديم هذا الواقع - خارج نطاق المحسوس - تقويماً عقلياً بالقياس على مثل أعلى هو العدل ، وهذا التقويم هو الذي يمكن من فرض الواجب على الأفراد أى من تعيين مضمون القاعدة القانونية ، والتقويم عمل أدخل في باب الفن . ولهذا جرى القول بأن القانون « علم » (science) حين يقرر الواقع ، و « فن » (art) حين يقوم الواقع<sup>(١)</sup> . ولكن دور الفن في القانون أكبر من دور العلم ، اذ الأساس هو التقويم ، وان يكن التقويم لا يستغنى عن الواقع لانه يرد عليه .

ومن هنا ، نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر الماد وعنصر الفن ، أو عنصر الواقع Le réel وعنصر المثال L'idéal . فنعرض فيما يلي لكل من هذين العنصرين في مطلب على حدة .

### المطلب الأول

#### العنصر الواقعي التجريبي أو حقائق الحياة في الجماعة<sup>(٢)</sup>

#### ٧٨ - تمهيد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولاً تحليل عناصر الحياة في الجماعة لاضهار مختلف الحاجات التي ينبثق من عد اشباعها بما يحقق المثل

(١) انظر في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 27. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 22.

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 169 - 170. — De La Gressaye et Laberde-

Lacoste, op. cit., Nos. 79 - 80. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 24.

الأعلى للعدل . فينبغي البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية (faits sociaux) ، وهو ما لا يتأتى الا باتباع منهج تجريبي علمي بحث ، أى باختصاص هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، ففى ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية . فحقائق الحياة فى الجماعة أمر من البت اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية . وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما على :

#### ٧٩ - العوامل الطبيعية (Les facteurs naturels)

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع او طبيعة الانسان . فتحديد سن الأهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع ، اذ يتم النضج الجسمي والجنسى فى سن مبكرة او متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعا لكثرة او قلة النسل ، ولإزدياد ثروة الجماعة او فقرها . تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الأجانب جنسيتها فتستجيب التجنس أو تحد منه .

وتبعا لموقع المجتمع ، يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع . فمجتمع يوجد فى جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطئ ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع غير من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم (١) .

وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت التى يخضع لها الانسان . فمخضية الانسان تبدأ مثلا بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته ، والميلاد يكسب الشخص اسما ولقباً معيناً ، وغالباً ما يكسبه جنسية معينة . والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية ، فتنقل أموال المتوفى طبقاً لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم .

## ٨٠ - العوامل الاقتصادية (Les facteurs économiques)

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة في الجماعة ، التي تنبؤ الاحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، اذ ان حاجات الافراد الاقتصادية من انتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم قانوني معين . وقد غدت العوامل الاقتصادية في العصر الحديث اكبر اثرا في القانون عن ذي قبل ، فنمو واتشاء بعض فروع النشاط الاقتصادي أدى الى ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية . فازدياد أهمية الضمان أو التأمين والنقل مثلا ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لحقود الضمان أو التأمين وعقود النقل . وتجميع رؤوس الأموال في الصناعات في الوقت الحاضر ، أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانوني للشركات المساهمة (١) . وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضي ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم في ميادين الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ما صدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال تنظيما يكفل التوازن بين حاتين القوتين .

وظهر المذاهب الاشتراكية وانتصارها في كثير من الدول كان له أثر بالغ في تطوير اقتصادياتها ، مما دفع المشرع فيها الى إلغاء الملكية الخاصة لكل أو بعض وسائل الانتاج والى ابتداء فكرة تأميم المنشروعات الاقتصادية وخلق قطاع عام في الانتاج .

غير أنه ينبغي عدم الاسراف في تضخيم أثر العوامل الاقتصادية في تكوين القانون ، أو جعلها هي العامل الأساسي في هذا التكوين ، بحيث تبعها وتخضع لها بقية العوامل الأخرى . فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد في الجماعة ، اذ لا تقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجات المادية



للأفراد فحسب ، فضلا عن أن القانون لا يخضع للمعامل والقواعد الاقتصادية  
خضوعا محتوما ، بل هو يهيمن عليها بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة  
العدل (١) .

#### ٨١ - العوامل السياسية والاجتماعية Les facteurs politiques et sociaux.

يقصد بذلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، دون  
تمرض لقيحتها ، فنحن بعد في مجال تسجيل الواقع لا في مجال تقييده .  
ولذلك فمعرفة ما يوجد في المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هي معرفة  
تجريبية بحثة تقوم على المشاهدة ، أي معرفة علمية بالمعنى الاصطلاحي  
الدقيق ، مما يدخلها ضمن حقائق الحياة في الجماعة ، أي ضمن المنصر  
الواقعي لا المثالي للقاعدة القانونية .

والواقع أن كثيرا من الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة أسهمت  
بمنصيب كبير في خلق بعض النظم القانونية ، فالأفكار الاجتماعية التي كانت  
سائدة في القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الأحرار ،  
وطائفة الرقيق . والأفكار السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة في  
القرن الوسطي ، خلقت نظام الاقطاع وأقامت على أساسه جملة القواعد  
الدائنية . وكذلك فإن المعتقدات الطبقية التي كانت سائدة قبل العصر  
الحاضر ، فصلت كل طبقة عن الأخرى فصلا تاما ، ودعت طبقة الأشراف  
خاصة الى تخصيص نفسها ضد كل دخيل عليها ، فوجبت قواعد قانونية  
تحصن الارث في ابن الأسرة الأكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لا تنهب  
أموال الأسرة الى أزواجهن ، وقد يكونون من الطبقات الأخرى . وكذلك  
وجبت قواعد قانونية لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عدم اختلاطهم  
بالتزاوج ، فقيدها انعقاد الزواج في كثير من الأحيان بضرورة ترخيص الوالدين  
به ، حتى بالنسبة لمن جاوز سن الرشد من الأولاد (٢) .

(١) في هذا المعنى :

De La Grassaye et Labord-Lacoste, op. cit., No. 112.

Roubier, op. cit., No. 18, p. 189. (٢)

ومن الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية . ما كان له أكبر الانر في حياة الامم وتغيير نظمها القانونية . فظهرت مع الثورة الفرنسية في اواخر انقر الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة . وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير في بناء النظام القانوني لفرنسا الحديثة . وظهرت مع الثورة الشيوعية في روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة والفاء باقى الطبقات . وعلى أساسها قام نظام الحكم هناك . وانحصر في الحزب الممثل لهذه الطبقة . وما زالت سائدة في الولايات المتحدة الامريكية وفى جنوب أفريقيا الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الأفراد ، مما ينمكس أثره على بعض قواعد القانون هناك . وتبدور فكرة الاشتراكية العربية في الجمهورية العربية المتحدة أخيرا قد خلق معتقدات جديدة تتعلق بضرورة التخطيط في الاقتصاد وبالكفاية في الإنتاج مما دعا الى تأميم كثير من المشروعات الاقتصادية ومساهمة الدولة في بعضها وخلق قطاع عام يسيطر على الإنتاج في الدولة ، وخلق معتقدات أخرى تتعلق بأنصدا له الاجتماعية وتذويب الفوارق بين الطبقات سواء عن طريق فرض حد أقصى لملكية الأرضى الزراعية وتوزيع الزائد عليه وتمليكه لصفار الفلاحين . أو عن طريق تقليل الفوارق بين دخول الأفراد بفرض ضرائب تصاعدية عالية على الدخول وعلى العقارات المبنية وبتحديد حد أعلى للمرتبات ويزيادة دخول العمال بأشراكهم في الأرباح .

كل هذه الأفكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع سواء التي تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان - لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تنبغى الإحاطة بها إحاطة شاملة كاملة من طريق المشاهدة والتجربة . وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد في المجتمع من مثل هذه المعتقدات والأفكار . بل هى توافقها على المثل الأعلى للمعدل ، وتخضعها لحكمه ، وكثيرا ما تضطر الى محاربتها ، حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق المعدل ، الذى هو غاية القانون .

## ٨٧ - عوامل الدينية والتقاليد في القانون

INDEX

يقصد بذلك التقاليد الدينية والأخلاقية السائدة في الجماعة . أو التيارات الدينية والأخلاقية الجارية فيها . فمثل هذه التقاليد والتيارات ، تعتبر في مقدمة حقائق الحياة في الجماعة ، التي تعدد وتوجه حاجاتها . ومن ثم لا يمكن إغفال أثرها في تكوين القواعد القانونية ، وإن يكن هذا الأثر متفاوت ويختلف باختلاف الجماعات .

فالملاحظة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم إذن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانوني . ولكن إذا كان ما تتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الأخلاقية من قوة الواقع ، فليس يفرضا الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة ، وإنما يبرزها ويقدمها بين يدي المثل الأعلى للعدل ، الذي يخضعوا - من بعد - لحكمه .

وقد كان للتقاليد الدينية أثر كبير في تعدد جهات الاختصاص القضائي في الدول العربية ، وفي تحديد المقصود باصطلاح « الأحوال الشخصية » ، فيها . تحديدا واسما ييسره على كثير من الأوضاع التي تعتبر بحسب طبيعتها من الأحوال المبنية أو المالية ، كالوقف والميراث والوصية والنفقة ، وانضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الديني المختلفة بحسب ديانة المصنوع .

وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والأخلاقية ، أثر بارز في تحريم الطلاق في قوانين الدول الغربية إلى وقت قريب . ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأصبح الطلاق في أكثر هذه الدول . ولكن الأمر لم يصل فيها إلى حد إغفال ما بقي لهذه التقاليد من قوة وأثر في النفوس ، فظل حبيس هذه التقاليد ، يحكمه كثير من الإجراءات والقيود .

## ٨٨ - العوامل التاريخية Les facteurs historiques

يقصد بها التجارب التي مرت بها الجماعة ، ومرت بها نظمها القانونية وهي بهذا الوصف - كثيرة صقلها الزمن - تمثل في الاعتبار عند تكوين القواعد القانونية ، بل يكون لها - في بعض الأحوال - دور مرجح في

فإن هذا التكوين كما نشأت الإشارة إلى ذلك من قبل

فدور العوامل التاريخية إذن ، في تكوين قواعد القانونية ، دور غير  
مكروز ، ولكن من الأسراف الادعاء - كما يفعل المذهب التاريخي - ببناء  
القواعد القانونية على أساس تاريخي بحت .

## المطلب الثاني

### العنصر الثالث أو المثل الأعلى للعدل<sup>(١)</sup>

٨٤ - تمهيد

لا نكتفى حقائق الحياة في الجنباعة لتكوين القاعدة القانونية . لأن منهم  
أخفاؤك ليست إلا مجرد حقائق واقعة ، والقاعدة القانونية هي تكليف  
بواجب ، وليس كل ما هو واقع واجب . من أجل ذلك ، ينبغي لهذه الحقائق  
- حتى تصبح واجبة ، أي حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية - أن تلحقها  
قيمة معينة تبرر هذا الوجوب . وهذه القيمة تتحدد بعيداً عن كل تجربة  
أو مشاهدة حسية . بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل .

ومن هنا كان لا بد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالي فوق  
العنصر الواقعي . فإخضاع الواقع لـمثل الأعلى وهو العدل . وموافقة عليه ،  
يعطيه صفة الواجب أي يجعله قانونياً .

ولكن ما هو المثل الأعلى للعدل ، أو ما هي فكرة العدل في ذاته ؟ . ذلك  
العدل الذي خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان وفقهاء الرومان والمبرزون

(١) راجع في ذلك صفة حاسة :

Dabin. La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 94 - 106; Théorie  
générale du droit, Nos. 217 - 222. — Duguit, Traité de droit constitu-  
tionnel, t. I, 3e éd., 1927, No. 11. — Gény, Science et Technique, t. II,  
Nos. 171 - 174. — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43 - 71. — Régade,  
op. cit., pp. 45, 46, 50, 55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Semb,  
op. cit., pp. 1 - 54.

من رجال الكنيسة في المصور الوسطى ، حتى جرت أقلام الفقهاء في العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ \*

الواقع أن العدل - فيما ثبت عليه من معنى قديم - هو إحدى الفضائل التي تنلخص في إعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو واجب له (١) . وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام ، إذ بذلك يتساوى كل ذي حق في المطالبة بحقه ، واقتضاء ما يجب له . وليس ينكر أحد على العدل مثل هذا المعنى . ولكن تعريفه على هذا النحو . يكاد - لفرط عمومته وإطلاقه - يقتصر عما ينبغي له من ضبط وتحديد واحكام . وإن يكن من الصير - في أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبلفه فكرة العدل - العثور على تعريف محكم جامع مانع .

من أجل ذلك ، تنبني الاستماعة - في سبيل توضيح فكرة العدل - بيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة . وهو ما حاوله الفلاسفة والفقهاء - الأقدمون منهم والمحدثون - حيث قسموا العدل وردوه الى صور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذي يجب له العدل : فثم عدل يسود علاقات الأفراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو « العدل التبادلي » . وثم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة ، وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى « العدل التوزيعي » . واما عدل يجب للجماعة على الفرد فيعرف باسم « العدل الاجتماعي » . فنعرض بإيجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلي :

#### ٨٥ - العدل التبادلي (La juste commutative) (٢)

يقصد بالعدل التبادلي ذلك العدل الذي يسود علاقات الأفراد ، فيجب

---

(١) انظر ما جاء في معونة « جوستينيان » من أن « العدل ( هو ) حمل النفس على إضفاء كل ذي حق حقه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » ( عبد العزيز فهمي ، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني ، ص ٥ ) .

(٢) راجع في ذلك :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 101 - 105, Théorie générale du droit Nos. 229 - 231. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 62. — Deguel, op. cit., t. I, No. 14, p. 122. — Roubiez, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 26, pp. 235 - 240.

للفرد على الفرد . وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة .  
اذ ما دام للأفراد جميعا نفس الطبيعة - لأن كلا منهم انسان كالأخر -  
فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم إلا على قدم المساواة مساواة حسابية بحيث  
لا عبرة فيها بصفات الأفراد أو اختلاف شخصياتهم .

والأصل في العدل التبادل عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات  
الأفراد المتعاقبة الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتي تولد  
التزامات متعاقبة بين أطرافها . فكان العدل يعنى وجود مساواة كاملة بين  
السلع والمنافع والخدمات المتبادلة . وهو ما يغفل لكل طرف الحق في مطالبة  
الأخر بالالتزام الواقع عليه قبله في شأنها واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ،  
فالمشتري يقتضى من البائع مثلا تسليم المبيع اليه ، وفى مقابل ذلك يقتضى  
منه انبائع دفع الثمن ، والفرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع .

ولكن العدل التبادل لم يكت محصورا في هذا النطاق الضيق من  
العلاقات المتعاقبة ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الأفراد من  
علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة  
التامة المطلقة . ومن هنا ، فكل علاقات الأفراد ينبغي أن تقوم على العدل ،  
بمعنى أنها ينبغي أن تقوم على أساس تساوى الأفراد باعتبارهم أفرادا .  
وهذا التساوى يقتضى من الأفراد احترام كل منهم لحق الآخر ، اما بإعطائه  
ثمة ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه .

فما هو حق كل فرد الذى يكون احترامه العدل بين الأفراد ؟ . هذا  
الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا .

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانه المادى والنفسى .  
وعلى ذلك فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من  
هذا الكيان بآى شكل كان عن أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لأنه حينئذ يأخذ  
لنفسه ما يخص غيره وما لا يخصه هو فيكون ظالما . فمن الظلم إذن اعتداء

فرد غلى جسم آخر بالضرب أو القتل ، أو غلى سمعته بالاهانة أو السب أو القذف ، أو غلى حريته بالاستعباد والاسترقاق .

وأما ما يخص الفرد اكتساباً فهو ما يكتسبه من يمد ويضيفه الى نفسه كشيء خاص به ، اما استقلالاً كاستيلائه على شيء سائب لا مالك له ، وأما نتيجة ما قد يقوم بينه وبين غيره من الأفراد من علاقات ارادية أو غير ارادية . والعدل هنا هو أقرار كل فرد على ما اكتسبه ، بطريق الاكتساب المشروع ، لانه أصبح خاصاً به دون غيره من الأفراد .

فالتأيت اذن أن العدل فى العلاقات بين الأفراد إنما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الآخر لما يخصه ابتداءً أو اكتساباً . فمن العدل اذن وفاة الشخص ما تمهد به لغيره ، وروحه ما سلب منه ، وتوضيه عما سبب له من ضرر ، لانه بعدم الكفء بتمهده وباعتدائه على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبى بين الأفراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه إعادة اقامة هذه المساواة .

#### ٨٦ - العمل التوزيعى (La Justice distributive) (١)

يقصد بالعدل التوزيعى العدل الذى يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للأفراد . فالجماعة - وهى بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد - ينبى أن تراعى فى مثل هذا التوزيع اختلاف الأفراد فى حاجاتهم وفى قدرتهم وجدارتهم .

فمثل هذا الاختلاف المحتوم بين الأفراد لا يسمح للجماعة بإقامة مساواة تامة حسابية بينهم تتساوى فيها الرؤوس ، كذلك المساواة التى يحققها

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, *Théorie générale du droit*, Nos. 232 - 234. — De La Gressaye et Laborde Lacoste, *op. cit.*, No. 68. — Duguit, *op. cit.* t. I, No. 11, p. 122. — Rouhier, *op. cit.*, No. 22, pp. 202 - 205; No. 26, pp. 226 - 230.

العدل التبادلي في العلاقات بين الأفراد ، ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسابية الى نوع آخر من المساواة التناظرية تكون العبرة فيه بتساوي قيم الأفراد أو قيم حاجاتهم - فليس من العدل أن يعامل كل الأفراد نفس المعاملة ، فينالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعة ، وهم ليسوا سواء لا في ملكاتهم ولا في حاجاتهم ولا في قدرتهم أو جدارتهم ، فالعدل في التوزيع لا يتصور إذن بمعاملة الأفراد المتساوين في الحاجة واقتدرة معاملة متساوية ، ومعاملة الأفراد غير المتساوين في ذلك معاملة غير متساوية .

وهذا العدل التوزيعي هو الذي يفسر كون المواطنين لا يتساوون مسواة مطلقة في الحصول على الوظائف العامة في الدولة ، فليست مثل هذه الوظائف حقاً مباحاً لكل راغب في شغلها ، وإنما هي وقف على من هو أهل لمنها وحمل أعبائها بما يتوافر له من معرفة وخبرة معينة . وهو الذي يفسر كذلك إعطاء الأجراء ذوى الأولاد - زيادة على أجورهم الأصلية - إعانات عائلية تعينهم على تحمل هذا العبء العائلي وحرمان الأجراء غير ذوى الأولاد منها . وهو الأساس كذلك فيما أصبح شأننا في العصر الحديث من فرض ضرائب تصاعدية ترتفع نسبتها بارتفاع وعائنها بحيث يفرق في المعاملة بين المولدين المتفاوتين في المركز المالى تفاوتاً كبيراً بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلية بينهم في قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تضيحة مالية ، لا مجرد مساواة شكلية بحث في نسبة الاقتطاع المادية .

فمثل هذا النوع من العدل إذن لا ينفي مطلقاً فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الأفراد ، فهذه المساواة ما زالت هي أساس العدل التوزيعي ، ولكنها فقط مساواة في القيم تضع كل فرد في المكان العدل حسب حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوى بين الأفراد المتساوين في الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ويفرق بالتالي بين غير المتساوين منهم في ذلك .



٨٧ - العدل الاجتماعي (La justice sociale) (١)

أما الصورة الثالثة من صوّر العدل ، وهي صورة العدل الاجتماعي (٢) فيقصد بها ذلك العدل الذي يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الأفراد للجماعة . فالجماعة في الواقع هي جسم واحد أعضاؤه الأفراد ولا يمكن لجسم أن يعيش إلا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب ، وهذا النشاط الواجب هو النشاط الذي يسهم به كل عضو في بحث الحركة والحياة في الجسم . من أجل ذلك ، تكون للجماعة أن تفرض على الأفراد - باعتبارهم أعضائها - الواجبات التي يتحقق بقيامهم بها صالح الجماعة وغيرها .

فأساس العدل الاجتماعي إذن هو اعتبار الفرد جزءاً من كل هو الجماعة لا اعتباره كلاً قائماً بذاته ، ومن هنا كان هدف العدل تسخير الجزء لخدمة الكل ، أي تسخير الفرد لخدمة الجماعة بقصد تحقيق الخير أو الصالح العام (le bien commun) .

وليس يقصد بالصالح العام صالح فرد من الأفراد . ولا صانع فريق أو طائفة من الأفراد فذلك محض صانع خاص . ولا يقصد به مجموع مصالح الأفراد الخاصة فالجمع لا يمكن أن يرد إلا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة فلا يمكن إضافتها بعضها إلى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وإنما يقصد بالصالح العام صالح الجماعة ككل ، بمعنى صالح مجموع الأفراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن أفراد مكوناتها . وصالح مجموع الأفراد كوحدة مستقلة إنما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع في غاية واحدة فهو إذن صالح مشترك

(١) راجع في ذلك :

Dabin, op. cit., Nos. 226 - 230. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 84, 85.

(٢) يطلق بعض الفقهاء على هذه الصورة اسم "عدل القانوني" (La justice légale)

انظر في ذلك : (Dabin, op. cit., No. 226) .

يبتهم أو صالحهم ككل . ينضى النظر هنا لكل منهم - كافر أو - من صالح  
خامس - فالفرد جزء من هذا الكل ، والجزء يتلانى في الكل - ويطوى صاعده  
إلى أعلى أمام صالح الكل أو الصالح العام - فالعدل الاجتماعى إذن هو العدل  
الواجب للكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعى أو  
الصالح العام .

وهذا العدل الاجتماعى هو الأساس المبرر للسلطة فى الجماعة تلك  
السلطة التى يقوم عليها نظام المجتمع - فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح  
العام ، يخضع الأفراد لسلطة الحكام ، ويملك الحكام على الأفراد حق السيادة  
أو الأمر دون معقب - وباسم هذا العدل كذلك ، يلتزم الحكام بتسخير  
سلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده فتقيد هذه السلطات بحدود هذا  
الصالح لا تعدوه إلى غيره من الصالح .

وهذا العدل الاجتماعى هو الذى يبرر المطالبة بالفرد بأداء ضريبة الدم  
والتضحية بحياته فى سبيل صالح المجموع ، وهو الذى يلزمه بالمساهمة فى  
تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية .

وهذا العدل كذلك هو الذى يبرر المطالبة بعقاب السارق حتى ولو رد  
الشيء المسروق إلى صاحبه - فهذا الرد ، إن كان يرضى الصالح الخاص  
للمسروق منه ، ويعقق العدل التبادلى بإعادة المساواة التى أخلت بها  
السرقة ، فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع لأنه أخلل بما يجب من أمن  
ونظام فى المجتمع ، فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لإكراهه على  
التكفير عن جرمه فى حقها بعبثه بصالحها .

٨٨ - اختزال صور العدل الثلاث المتضمنة إلى التين : العدل الخاص  
والعدل العام

تلك هي صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب  
للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على  
الفرد - غير أننا نرى من الأفضل اختزال هذه الصور الثلاث إلى صورتين

اثنين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائنا منفردا له كيان مستقل  
أى كلاً قائماً بنفسه ، أو باعتباره كائناً اجتماعياً لا كيان له الا بالجماعة وفي  
الجماعة كمضو من أعضائها أى باعتباره جزءاً من كل . فعلى أساس هذه  
الفرقة فى صفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل ، العدل الخاص  
والعدل العام .

أما العدل الخاص فهو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفراداً .  
وهو يقوم على أساس من المساواة التسعة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر  
فيما له من كيان مستقل . فتقوم علاقات الأفراد اذن على أساس من تبادل  
الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو  
ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل المتبادل .

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات اجماعة بالأفراد باعتبارهم  
أعضاء فيها أياً كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الأفراد . والمبرة فى  
هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءاً من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها هى  
الكل ، ينبغى لها عدلاً أن تهيم على الجزء وتنشأ به بحيث ينفذ الكلى  
وخيره . ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد إنما يرمى الى تحقيق  
المصالح العام ، لا عن طريق إقامة مساواة مطلقة حسائية وإنما عن طريق  
إقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد - من حيث الحاجة أو القدرة أو  
الكفاءة - بالنسبة الى صالح الجماعة . وهذا العدل العام ، يشمل ما يعرف  
بالعدل التوزيى والعدل الاجتماعى على السواء (١) .

فالعدل الخاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فيما  
ينبغى لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أساس من  
السيطرة ، فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضاءها ، والأفراد بهذا  
الموصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

---

(١) راجع فى تحديد حدود العدل العام على هذا النحو ، وانتقاد الشائع عند الفلاسفة  
والفقهاء من قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعى » وحدها ، وانحسار  
صورة « العدل التوزيى » الى جوانب حيوية « العدل المتبادل » تحت اصطلاح « العدل الخاص » :  
كتابنا أصول القانون ، ج١ ص ١٦٨ .

ف فكرة العدل إذن متراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفراداً ( العدل الخاص ) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد - بوصفهم أعضاء في الجماعة - خدمة للمصالح العام ( العدل العام ) . وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح القانون بين مذهبين يتنازعانه هما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، وهو ما نوجز القول فيه على الوجه التالي :

### ١ - المذهب الفردي (١)

#### *La doctrine individualiste*

#### ٨٩ - أسس المذهب الفردي

يقوم هذا المذهب على أساس أن الفرد هو هدف القانون الأسمي فما يوجد القانون إلا لحماية حقوق الأفراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن الفرد ليس موجوداً لحمة الجماعة ، بل الجماعة هي المرجوة لخدمة الفرد . فالفرد ليس جزءاً من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لأن طبيعته الانسانية تمنحه من الإرادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك لا تتصور الحقوق إلا للأفراد ، أما الجماعة فلا يقع عليها إلا مجرد واجبات . واجب احترام حقوق الأفراد وتمكين تمتعهم بها وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها .

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضها الطبيعة له ، فتولد معه . ذلك أنها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التي تلحق الفرد . وهذه الصفة تلحق كل الأفراد فلا تفرق بين أحد منهم . ولذلك يولد الأفراد جميعاً

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Waline. *L'individualisme et le droit*, 2e éd., 1940. — Boudant, *le droit individuel et l'Etat*, 2e éd., 1920. — Duguit, *op. cit.*, t. I, Nos. 18, 19. — Le Fer, *Droit individuel et droit social*, Arch. de phil. du droit, 1921, Nos. 3 - 4, pp. 279 - 302. — Radbruch, *De droit individualiste au droit social*, Arch. de phil. du droit, 1921, Nos. 3 - 4, pp. 327 - 328. — Rouhier, *op. cit.*, Nos. 29, 31, 32.

متساوين في الحقوق تساويعهم في الإنسانية ، وأوله هذه الحقوق هو الحرية . وهذا هو ما عبر عنه « إعلان حقوق الإنسان والمواطن » الفرنسي في مادته الأولى بقوله « يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق » .

فالأفراد إذن يدخلون في الجماعة بما تمنحهم الطبيعة من حقوق متساوية ، وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فتلتزم الجماعة باحترامها ، وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع . غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الأفراد ، قد يؤدي إلى تعارضها . وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق . وهذا التوفيق لا يتأتى إلا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال نفس الحقوق<sup>(١)</sup> ، فهو إذن تقييد متبادل بين كل فرد والآخر ، مما يحقق التكافؤ بين الأفراد ، ذلك التكافؤ الذي تدعو إليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس . وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين ما لكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب وتلك هي المساواة التامة المطلقة التي تحقق العدل الخاص أو التبادل .

فالذهب الفردي إذن إنما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الأفراد ، ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية . ومن هنا كان هذا التدخل مقصورا على قدر ضئيل هو القدر الضروري فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته . وفي حدود هذا القدر الضئيل ، أي حيث لا تتعارض حرية الفرد مع حرية الآخرين ، يكون للفرد أن يعص وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة . ففي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة . إذ المصالح العام - عند هذا المذهب - يحقق آليا بمجرد إرضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الأساسي لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وغيره .

---

(١) - « هذا ما عبرت عنه الكلمة الرابطة من « إعلان حقوق الإنسان والمواطن » الفرنسي بقرائنها : « الحرية هي فعل كل ما لا يضر بالآخر » . ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من قيود إلا تلك التي تكفل لباقي الأعضاء في الجماعة التمتع بنفس الحقوق » .

وقد ناضى هذا المذهب ، بنظرته المنتزعية ان تدخل الدولة وحصر هذا التدخل فى اضييق نطاق ما يحتل دور الدولة مجرد دور سلبي ، الى ترك الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم بنقض إرادتهم ، الى الى اعتناق مبدأ سلطان الإرادة (L'autonomie de la volonté) . فاحتل العقد دورا يفوق دور المشرع فى حكم العلاقات بين الافراد . وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تتمتع عليه إرادة المتعاقدين هو العدل .

فالأفراد - وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم - يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه بنفسه بما له من حرية الإرادة . وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لأقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يفقدون من عقود ، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بمصلحه . فما دام التكاثر قائما بين المتعاقدين والتساوى فحققا بينهما من حيث توافر حرية الإرادة لدى كل منهما ، فما يقضى به العقد هو العدل الملمز ، ولا ينفع فى التحلل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غش فاحش ، أو لزمته شروط جائرة مرهقة . وتلك على أى حال سنة الحياة ، فالتنازع والتنافس بين مصالح الأفراد الخاصة ، انما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو إرادة الدولة .

فالتأنيب انذ أن المذهب الفردي كان يقنع بتحقيق التكاثر بين الأفراد بإقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالأخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو التبادل ، دون أن يتناول الى تحقيق العدل العام بتكئين الجماعة من السيطرة على الأفراد سيطرة تنفذ فيهم حكم المصالح العام .

#### ٩٠ - تقدير المذهب الفردي

كان ظهور المذهب الفردي طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه ، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت الفوارق الطبقيّة بين الأفراد ، ومن هنا ، راجع هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر ،

ثم شق طريقه فهيرم على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا في وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » . ثم ظلت له السيادة في عالم القانون والسياسة ، فوضعت في ظله وتحت تأثير تعاليمه اغلب التقنيات والقوانين التي صدرت في النصف الأول من القرن الماضي .

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله في الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطمعياتها ، ولا يجحد أثره في التمهيد للاعتراف بقيمة الإنسان ككائن حر الارادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات على السواء ، فإن أخطاره ما لبنت أن تكشف بما جره اطلاق الحرية للأفراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة . فانه اذا كانت طبيعة الأفراد واحدة ، اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون ، الا ان الطبيعة نفسها قد أوجدت بينهم من الفروق في الحاجة وفي القدرة ما يتعذر معه الاصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من انكار الواقع .

واطلاق الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم كما تشاء ارادتهم - مع ما عو نابت من عدم تساويهم في الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية - أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة في يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء ونسخيرهم لقضاء مصالحهم . فمكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة ضخمة تتحكم في العمال وتفرض عليهم من الشروط الماثرة والأجور البخسة ، ما لم يكن لهم يد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الارادة (١) . وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الأفراد من التحكم في البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب في السوق اختلالا كبيرا . فالملاك يتحكمون في المستأجرين ، والبائعون في المشتريين ، بالارتفاع بالأجر أو الثمن ارتفاعا فاحشا . فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين ، وأصبحت

---

(١) راجع في ذلك : كتابنا اصول قانون العمل ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ .

• مجرد املاء من طرف على طرف ، بعد أن صار انقول الفصل لقانون العرض والطلب •

وبذلك انتهى المذهب الفردي الى الاضرار بالصالح العام للجماعة .  
وظهر فساد اعتقاده في أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالأفراد - وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة - لا يلتفتون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام • وتمكن بعض الأفراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الآخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مهيمنة بخلق جوا من القلق والتفهم الاجتماعي ليس من صالح الجماعة وجوده •

كل هذه النتائج الطالمة التي أضى اليها تطبيق المذهب المردى قد تولدت من أن هذا المذهب - وقد نبت للعد من طفوان العولة فوضغ أمام هذا الطفوان حاجزا مما سواه بالمقوق الطبيعية للانسان التي يتساوى فيها كل الأفراد - قد أغفل حقيقة أساسية هي وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متماونين متضامنين ، لا كمجرد اطيصار صناعي يضم أفرادا بمنزلة مستقلين : فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للأفراد حقوق ، وان لها صالها يقتضيها التدخل لمنع طفوان بعض الصالح الخاصة على البعض الآخر نتيجة اطلاق الحرية للأفراد مع انعدام التكافؤ الفعل بين قواهم •

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادل ليس بالعدل الذي يمكن أن تقوم عليه وحده قواعد القانون ، التي تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه • فمثل هذا العدل - إن كان يكفي رحنه في الصلقات بين أفراد بمنزلة مستقلين - لا يصلح كأساس وحيد لحكم الصلقات بين أفراد يكونون - كأجزاء متماسكة - ببناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة •

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردي عنيفة قاسية ، وما لبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب الاجتماعي » الذي كان له أكبر الفضل في تطوير القانون والانتقال به



وبالدولة من الدور السلبي الذي اضطرها اليه المذهب الفردي ، الى دور ايجابي يقوم على التدخل في نشاط الأفراد بما يمتق الصالح العام .

## ٢ - المذهب الاجتماعي (١)

La doctrine socialiste

### ٩١ - المذهب الاجتماعي (٢)

يقدر ما كان المذهب الفردي متطرفا في تقديره الفرد كفاية في ذاته والاعتراف بحقوقه الى حد التغاضي عن حقوق الجماعة وصالحها ، بقدر ما جاء المذهب الاجتماعي متطرفا في الناحية القابلة أي في تقدير الجماعة وتقليب صالحها على الصالح الخاص .

فالمذهب الاجتماعي لا يعني - كالمذهب الفردي - بالإنسان كفرد في ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعني به ككائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم في سبيل تحقيق صالح الجماعة التي تضمهم . فالجماعة إذن - لا الفرد - هي الهدف الأسمى من الوجود لأنها غاية في ذاتها وليست أداة أو وسيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هي القيمة العليا التي ينبغي حياتها والتمكين لصالحها وغيرها .

ومن هنا ينبغي تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ، فيساهم كل منهم بتصيب في تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لأن الصالح الخاص لكل فرد ينبغي أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التي هو عضو

---

(١) راجع في ذلك مجلة خيمة :

Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Rouhier, op. cit., Nos. 20, 22, 26. — Walton, op. cit., pp. 85 - 88.

(٢) نظن وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعي » لا « اشتراكي » كما يفعل كثير من الفقهاء والكلمة ، لأنه لا إذا كان يضم الاتجاه الاشتراكي فليس محصورا فيه ولا قاصرا عليه وحده .

من أعضائها ، فتحقيق صالح الجماعة يحقق إذن بالتبعية وآليا صالح الأفراد ، لأن الخير الذي ينيب الكل يتوزع على الأجزاء - فنقطة الابتداء إذن - أن كانت عند المذهب الفردي هي الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خير المجموع وصالحه - تصبغ عنه المذهب الاجتماعي هي الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذي يستتبع خير الفرد وصالحه .

فالمحور الذي يرتكز عليه المذهب الاجتماعي هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد إنسان مستقل عن غيره من الأفراد . أي أن المذهب الاجتماعي لا ينظر إلى الفرد - كما يفعل المذهب الفردي - باعتباره مجرد إنسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية ، وإنما ينظر إليه ككائن اجتماعي ، أي كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذي يقوم به في الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام ينظر إلى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعي .

فالمذهب الاجتماعي يصير إذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الأفراد في الحياة ، على خلاف المذهب الفردي الذي يغفل هذه الفروق لأنه لا يعنيه من الأفراد إلا أنهم محض أفراد مجردين من أي وصف آخر . من أجل ذلك قام المذهب الفردي على العدل الخاص أو التبادل الذي يسوى بين الأشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعي على العدل العام ( التوزيعي والاجتماعي ) الذي يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام . وبذلك هجر المذهب الاجتماعي مبدأ التكافؤ بين الأفراد - الذي يدعو إليه المذهب الفردي ، والذي كثيرا ما ينقلب بفعل ظروف الحياة واختلاف القوى بين الأفراد إلى تسلط بعض الأفراد على بعض - واعتنق مبدأ السيطرة الذي يضمن التسلط - لا لفريق من الأفراد على فريق - ولكن للجماعة وحدها على أفرادها باعتبارهم أعضائها ، بما يضمن في ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالأشخاص من قيم .

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعي إلى دعوة الجماعة إلى تشديد مقتضياتها

على الأفراد والتدخل في نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمي الضعفاء من تحكم الأقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم أثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط في الجماعة . فتقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد في منطق هذا المذهب . إذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لأقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق في فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية .

#### ٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعي

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعي ونتائجه . رئيس ينكر عليه فضله في كبح جماح الفردية المتطرفة وما تجرم من طغيان الأقوياء وتحكمهم في الضعفاء ، واعداد الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة . ولكن المذهب الاجتماعي - كالمذهب الفردي - لم يخجل من تطرف ومغالاة : فان كان المذهب الفردي يضحي بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لحضته وكفالة حقوقه وحرية ، فالمذهب الاجتماعي يضحي بالفرد لصالح الجماعة فيجمله وقفا على خدمتها ، ولا يتخرج في سبيل ذلك من اعداد حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه - وهي تهيمن على كل نشاطه - تشديدا لا تؤمن عواقبه ، إذ لا يلبث أن يدفع بها الى التحكم والاستبداد .

#### ٩٣ - ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي (١) أو بين

##### المعدل الخاص والمعدل العام

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردي والاجتماعي متطرفان كل منهما في الناحية العكسية للآخر ، تطرفا يؤدي في الناحيتين الى نتائج غير مقبولة .

(١) راجع في ذلك صفة غامضة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 236 - 242. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 56 - 60. — Le Fur, article précité. — Réglaide, op. cit., pp. 56 - 58.

فبينما يسوق المذهب الفردى - بمنطقه فى تقديس الفرد وحرية - الى تحكم فريق من الأفراد فى فريق بما لهم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعى - بمنطقه فى تقديس الجماعة وصالحها - الى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد واهدائها لصالحهم الخاصة ، مما قيد يقضى على الدافع الشخصى لدى الأفراد فيما يقومون به من نشاط فى الحياة فلا يلبث أن ينمكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام .

ومن أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلا عن أن كلا منهما انما يعبر عن حقيقة أساسية لا ينبغى اغفالها فى شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردى له شخصيته وكيانه الذاتى واستقلاله عن غيره من الناس والمذهب الاجتماعى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعى ، أى ككائن يعيش فى الجماعة كمضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لا كيان له الا بها . وإخطا انما يأتى من قصر النظر الى حقيقة دون الأخرى ، فالقول بالمذهب الفردى انما يغفل فى الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعى انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحرية ، بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل فى جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته ، والا انقلب الأمر فوضى منطقها الغلبة للقوة .

كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى ، واقامة قواعد القانون - على حدى هذا الجمع - بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لحر الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحرية . أى أن القواعد القانونية ينبغى أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتى مستقل عن طريق كفالة حرية وتمتعه بحقوقه ، وأن توفر للجماعة فى نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعى متماسك يتضامن فيه الأفراد وتنصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم . ويقدر توفيق القواعد القانونية فى تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لا يهدر أحدهما ،

تكون صلاحيتها وقدرتها على اقامة العدل في الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذي ينبغي على القواعد القانونية تحقيقه .  
فليس هو مجرد العدل الخاص الذي يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد  
فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل  
هذا العدل - وقوى الأفراد متفاوتة أشد التفاوت في الواقع - من تحكم  
الأقوياء في الضعفاء ، واحداً الصالح العام لحساب الصالح الخاص . وليس  
هو مجرد العدل العام الذي يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الأفراد  
سيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح  
الخاص ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات  
واحد حقوق الأفراد . وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ، أي مزاج بين  
ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الأفراد مساواة مطلقة في  
الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه  
- تبعاً لذلك - لمقتضيات الصالح العام ، مما لا يتحقق به مساواة مطلقة بين  
الأفراد ، وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوي القيم التي  
تلحق الأفراد من حيث درجة تحقيقها للصالح العام .

فالتوازن إذن ينبغي أن يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى  
أن يحد كل منهما من التطرف الذي قد يندفع اليه الآخر . فالمساواة المطلقة  
- ان كانت واجبة بين الأفراد - الا أن على الجماعة أن تتدخل للحد مما قد  
تنضى اليه هذه المساواة من اضرار بالصالح العام . والصالح العام - ان كان  
يسمح للجماعة فرض سيطرتها على الأفراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر  
بعض المصالح الخاصة - الا أن سلطة الجماعة في هذا الشأن ليست مطلقة ،  
بل هي مقيدة باحترام مقومات الفرد الأساسية . أي أن الحرية والمساواة بين  
الأفراد انما يحد من اطلاقها وانطلاقها الصالح العام . وسيطرة الجماعة  
وهيمنتها على أعضائها باسم الصالح العام انما تنقيد باحترام حقوق الفرد  
الجمهورية (١) .

(١) في هذا الصدد :

Régis, op. cit., pp. 54, 55. — Rouhier, op. cit., No. 28, p. 242.

وأيما كان الأمر ، فالاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي بما يوازن بين العدل الخاص والعدل العام . وإن يكن المذهب الاجتماعي هو السائد بصورته المطلقة في بعض الدول التي تنتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية ، حيث يعتبر هنا مجرد العدل العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو إلا كائن اجتماعي لا وجود له إلا في الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير صالحها مما يجعله مسخرا في خدمتها . أما المذهب الفردي الذي كان سائدا حتى أواسط القرن الماضي في قوانين أغلب الدول فقد تقلص اليوم طله بما كان عليه من صورة مطلقة لا تعرف من العدل إلا العدل الخاص ، بعد أن تكتشف في العمل أخطاره وإضراره . فدخلت النزعة الاجتماعية في هذه القوانين تكبح جماح الفردية الصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن طريق موازنته بالعدل العام .

فالتقنين المدني الفرنسي مثلا الذي ما زال معمولا به إلى اليوم ، صدر في مفتتح القرن الماضي مشبعا بروح المذهب الفردي وقام في أغلب قواعده على أساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسي لم يقف مكتوف اليدين أمام أخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعي وللعدل العام يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدني الفرنسي بعد أكثر من قرن ونصف من الزمان من صدره - بعيدا عن النزعة الفردية المطلقة التي نبت في ظلها .

وكذلك الشأن في القانون المصري : فلقد كان للقضاء المصري جهد مشكور في الحد من النزعة الفردية المطلقة التي ورثها التقنين المدني القديم عن التقنين المدني الفرنسي ، بما أقر من نظريات اجتماعية الصبغة كنظرية التصرف في استعمال الحق . ثم جاء التقنين المدني الحالي صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة

ولا هو يضحى مصالح الجامعة لمصلحة الفرد<sup>(١)</sup> ، وانما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحرية كما يحتم احترامها المدل الخاص ، وبين حقوق الجامعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الإرادة وسلطانها في ترتيب الآثار القانونية ، إلا أنه لا يطلق لهذه الحرية العنان ، بل يورد عليها من القيود ما تحته رعاية الصالح العام : فإرادة المتعاقد مقيدة بالألا تستغل في شخص المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا ، توصلنا الى غبنه وتحميله بالتزامات لا تتبادل البتة مع ما يحصل عليه من فائدة ( م ١٢٩ ) . والإرادة كذلك مقيدة في حالة عقود الإذعان التي يقتصر القبول فيها على تسليم طرف بما يضمه الطرف الآخر من شروط مقررة لا يقبل المناقشة فيها ، كعقد توريد النور والماء والغاز ، فللقاضي - إذا كانت هذه الشروط تصفية - أن يعدلها أو يفسق الطرق المدعن منها ( م ١٤٩ ) .

ولئن يكن التقنين المدني الحالي كذلك يعترف بالحقوق للأفراد ويكفل تمتعهم بها واستعمالها لها ، فيحى بذلك الفرد في أحسن مقومات كيانه ، إلا أنه لا يغفل حماية الجامعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتصرف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء ( م ٤ و ٥ ) .

وكذلك فإن هذا التقنين لا يقنع بتطبيق المدل الخاص قيام بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضي - إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير منه التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة - أن يرد الالتزام المرحق للمدين الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ( م ١٤٧/٢ ) .

---

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٦٩ .

• وكذلك فإن المشرع المصري عدل عن إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم عقد العمل وحكم العلاقة بين أصحاب العمل والعمال ، فدخل في هذا المجال بشريعات ونصوص أمرة - يضمها الآن « قانون العمل » و « قانون التأمينات الاجتماعية » - بما يحفظ حقوق العمال ومصالحهم ويمنع استغلال أصحاب العمل لهم •

وكذلك اضطر المشرع المصري - أمام اشتداد أزمة المساكن ومفالة ملاكها في الارتفاع بايجاراتها ارتفاعا بالغا - الى التدخل أكثر من مرة لفرض تخفيضات كبيرة لأجرة المساكن ، دون أن يترك مبدأ سلطان الإرادة يشل حركته في هذا المجال ، وهو بذلك يحقق الصالح العام للجماعة ويترك في نفس الوقت للملاك القدر العادل المشروع من الأجرة •

ثم أتيج لهذا الاتجاه الوسط بين النزعتين المتطرفتين الفردية والاجتماعية أن يستقر ويتأكد أخيرا عندنا في أحفل المناطق حساسية وأكثر الموضوعات محكا للاختلافات بين النزعتين • فمنذ ما غدت الاشتراكية العربية هي المذهب الرسمي للدولة نشط التشريع في تحقيق أهدافها من كفالة الصالح العام للجماعة دون اهدار لصالح الفرد أو حقوقه محققا بذلك توازنا عادلا بين النزعة الاجتماعية المتطرفة والنزعة الفردية الصارخة : فقوانين التأمين المختلفة تمكن الدولة من السيطرة على الانتاج وتوجيهه أساسا لصالح الجماعة، ولكن ذلك لا يعنى اهدار حقوق حملة هذه الأسهم ، فالدولة لم تستول عليها مصادرة دون تعويض ، وانما التزمت بسداد قيمة ما آل إليها منها بموجب سندات اسمية عليها لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ في المائة سنويا • وكذلك الشأن في باقى التشريعات الأخرى التى قررت تخصيص نسبة ٢٥ في المائة من الأرباح المدة للتوزيع لموظفى وعمال الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة والاحتفاظ بالباقي أى ٧٥ في المائة من هذه الأرباح للمساهمين<sup>(١)</sup> ، وحظرت تعيين أى شخص فى أكثر من وظيفة واحدة سواء فى الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات أو



الجميعيات أو المنشآت الأخرى<sup>(١)</sup> . فكل هذه التشريعات قد استهدف المشرع من ورائها تحقيق الصالح العام ، بتكئين الدولة من ادارة الاقتصاد وتخطيطه وفق ما يمليه هذا الصالح ، وبالتقريب بين دخول الافراد تمهيدا لتفويج الفوارق بين الطبقات . وبمحاربة نفوذ واستغلال كبار الملاك والراسماليين والاقطاعيين ، ولكنه كان حريصا فيها على عدم اهدار مصالح وحقوق الافراد الذين يضارون منها اهدارا كاملا مكتفيا بالحد منها بالقدر الضروري لتحقيق هذا الهدف .

#### ٩٤ - القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

اذا كان العدل هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم في تكوين جوهرها ، فمقتضى ذلك أن القانون الوضعي ينبغي أن يستقيم في أحكامه مبادئ العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يتجاوز حدودها . ولكن يحدث كثيرا في العمل أن يتضمن القانون الوضعي أحكاما طائفة تناقض المثل الأعلى للعدل . وهنا تتنازع الأفراء قوتان : قوة الدولة أو قوة الجماعة المادية التي تفرض دأعة القانون الوضعي ، وقوة العقل المعنية التي تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل . وبين هاتين القوتين تتوزع وتراوح آراء الفلاسفة والكتاب والفقهائ<sup>(٢)</sup> .

فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة السلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين طائفة ، ويتدرج في ذلك من مجرد العصيان الى الثورة ، وهو ما أخذت به الثورة الفرنسية فيما أعلنته من حقوق الانسان ، اذ اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم ومقاومته ضمن هذه الحقوق . ولكن هذا الحل - وان يكن حلا منطقيا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعي -

(١) القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦١ .

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 308 - 300, — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219 - 237. — Roubier, op. cit., No. 18, pp. 136 - 184. — Duguit, op. cit., t. III, notamment Nos. 98, 101.

إلا أن الاعتراف به كحل قانوني قد يئذر بنور القوضى في الجماعة ، فيتخذ كل فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل في ذاته ، كما قد يرى الأفراد بكثرة الالتجاء إليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبته فيفقد العدل بذلك القوة التي تحرسه وتكفل احترام أحكامه في الجماعة .

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث إلى البحث عن حل داخل نطاق النظم القانونية الوضعية نفسها فيضع أمه في القضاء ، و ينتظر منه شل القوانين الظالة عن طريق رقابته لاستوريتها أى البحث في مدى موافقتها للدستور الذي يتضمن عادة كثيراً من مبادئ العدل وقواعده أو على الأقل ينتظر منه الحد من مدى هذه القوانين الظالة بما يملك من حرية واسعة في التفسير .



#### ٩٥ - خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الأول في بيان العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، أو في بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع . وقد رأينا أن هذا التكوين إنما يرد إلى عنصرين اثنين : عنصر الواقع من حقائق الحياة في الجماعة ، وعنصر المثل الأعلى للعدل ، الذي يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه . وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستن المتقابلتين في التطرف في هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية .

**للقاعدة القانونية التي ينبغي أن ترضى - بما يوافق العدل - ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والأفراد فيها .**

# الباب الثاني

## شكل القاعدة القانونية

### ٩٦ - تمهيد وتقسيم

تكلما في الباب السابق عن جوهر القاعدة القانونية والمناصر المكونة له . غير أن هذا الجوهر - ككل مادة أولية - يحتاج الى اعطائه الشكل أو التعبير الذي يصلح به في التطبيق العملي . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج الى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الأفراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج الى سلطة تفرضه وتمطيه قوة الالتزام الإيجابية في نطاق العمل ، أي تمطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثاني - في اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل .

# الفصل الأول

## صياغة القاعدة القانونية (١)

### ٩٧ - دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية

قلنا ان القاعدة القانونية تتكون أولا كجوهـر أو مادة أولية مما يملـيه المثل الأعلى للمـدل في شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة . فكان الجوهـر اذن يحدد الغاية الواجب ادراكها في شأن هذه الحاجات . وهذه الغاية لا بد لها - كي تتحقق - من وسائل وأدوات معينة . هذه الوسائل والأدوات هي أساليب الصناعة أو الصياغة التي تخلق من الجوهـر الأولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق في الحياة الاجتماعية . ومثلها في صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهـرها كمثل آلات المصانع وعددها التي تمتد الى مادة أولية كالقطن مثلا لتحيله الى ما هو مهيا له من نسيج يصلح للاستهلاك الانساني .

فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها اذن عملية ضرورية لترجمة جوهـرها الأولى النظري وتحويله الى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي في المجتمع الذي توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كفيلة بهذا التحويل . وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية (La technique Juridique) بأنها مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملي اخراجا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهـرها ، أو أنها هي عملية الاخراج الفعلي للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضها .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, la technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1965; Théorie générale du droit, Nos. 106 - 196. — Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 99 - 63.

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو عنصر هام من عناصر تكوين القاعدة القانونية ، فهي التي تمنح لها الشكل المثل أى الشكل الذى تصلح للتطبيق به فى نطاق العمل . ومن هنا يتوقف على الدقة فى الصياغة القانونية وتخير أدواتها ، جانب كبير من نجاح القاعدة القانونية وتوفيقها . فمن نؤدى مثل هذه الصياغة الفرض منها الا اذا اختيرت أدواتها اختيارا يضمن - على أفضل وجه واحسنه - التحقيق المثل للجوهر الاوى للقاعدة القانونية . ذلك أن الصياغة لا يعمد اليها الا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهي اذن مسخرة فى خدمته وبما يحقق غايته .

وسنعرض فيما يلى لانواع الصياغة القانونية ثم لطرقها المختلفة .

### المبحث الاوى

#### انواع الصياغة القانونية

##### ٩٨ - تمهيد

اذا كانت الصياغة تعتمد الى تحديد مضمون القاعدة القانونية تحديدا عمليا ، فانها تتراوح بهذا التحديد تراوفا كبيرا بين الاحكام الصارم وبين الاسلاس المرن . فهي قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما يربط القاضى ويقيده تقييدا صارما ، وهى قد تترخص فى تحديد هذا المضمون ترخصا يترك للقاضى حرية واسعة وسلطانا كبيرا فى التقدير والتطبيق . فالصياغة القانونية اذن نوعان : صياغة جامدة rigide ، وصياغة مرنة souple . فنعرض على التوالى لكل من هذين النوعين .

##### ٩٩ - الصياغة الجامدة

تواجه هذه الصياغة فرضا معينا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملايسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض . ولذلك فهي تحقق

ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضى ، الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة ، عملا شبه آلى - اذ تقيده هذه الصياغة بحددها الصارم المحكم تقييدا لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين ، وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقواعد التى تحدد مواعيد الطعن فى الأحكام ، بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر ، قواعد تصاغ صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ يفوت الميعاد المحدد لا يملك القاضى الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد . وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجامدة فى القاعدة التى تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ( م ٤٤ مدنى ) ، وفى القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز الاتصاف على البقاء فى الشيوع ومنع قسمة الشئ . الشائع لمدة تتجاوز خمس سنوات ( م ٨٣٤ مدنى ) .

#### ١٠٠ - الصياغة المرنة

لا تعطى هذه الصياغة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة وإنما تعطىها نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به - عند التطبيق - لادخال الملاحظات الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار . فهى اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلا ثابتا واحدا لا يتغير بتغير الحالات التى تندرج تحت الفرض الذى تواجهه . وإنما تقنع بإعطاء القاضى مقيارا متوسطا للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من أقضية ، فيقوم بموافقته على خصوصيات كل حالة أو قضية تعرض أمامه مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بها بتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملاساتها . وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحه - بما ترسم من موجه عام - سلطة تقديرية واسعة .

ومن أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تخول للجار الرجوع على جاره بطلب إزالة ما يسببه له الجار من مضار تتجاوز الحد المألوف أو التعويض

عنها ( م ٢/٨٠٧ مدني ) - فمثل هذه الصياغة لا تقيد القاضي بقاعدة جامدة ثابتة في شأن أضرار الجوار بل تترك له حرية واسعة في تقدير هذه الأضرار مستهديا بما ترسمه من موجه عام ومقياس مرن هو مقياس الضرر المألوف في الجوار - فيستطيع بذلك مطابقة مثل هذا المقياس المرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع الناشئ عن الجوار معتدا في ذلك بالظروف والملابسات الخاصة بطبيعة المقارنات وموقعها والفرض المخصصة له - وقد مكنت مرونة هذا المقياس القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعي في العصر الحديث من أنواع جديدة من الضرر غير المألوف للجوار واعطائها ما يناسبها من حلول (١) .

وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التي تجيز للواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له في الرجوع في الهبة متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع ( م ٢/٥٠٠ مدني ) - فمقياس العذر المقبول الذي ترسمه هذه القاعدة مقياس مرن كل المرونة ، يتيح للقاضي الكشف عما يعتبر عنده مقبولا بالنسبة لكل حالة على حدة ما أخذا بالظروف والملابسات الخاصة بالمحطة بها .

وكذلك فمقياس الباعث المشروع ومقياس المدة المقولة للذات يقاس بها صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منسح التصرف في الأموال ( م ٨٢٣ مدني ) من أمثلة الصياغة التي تمكن القاضي من تقدير صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابستها .

#### ١٠١ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق إلا فكرة المعدل المجرد ، لأنها لا تواجه إلا فرضا مجردا ، فلا تملك بالتبعية إلا إعطاء حلا مجردا - فمثل هذه الصياغة لا تدخل في اعتبارها ما يميز كل حالة فردية من خصوصيات ، وإنما تجمع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في

---

(١) راجع في ذلك كتابنا « الحقوق الثمينة الأصلية » ، أحكام حق الملكية » ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، فقرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ وما بعدها .

نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات في الظروف والملايسات ، ونعطي لهذا النموذج حلا واحداً يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة . فالقاعدة التي تحدد كمال الأهلية ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين ، إنما تحقق عدلاً مجرداً ، لأنها تحدد نفس السن لكل الافراد دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق ، فمنهم من يتقدم به الرشيد الحفيق عن السن المقررة ، ومنهم من يتأخر به هذا الرشيد عن تلك السن . ولئن تكن للصياغة الجامدة من ميزة . فهي أن مثل هذا العدل المجرد الذي تستهدفه يحقق الثبات والاستقرار والأمن في المجتمع .

أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدل العملي أو الواقعي ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد ، فإنها - بما تضع من موجه عام أو معيار مرن - تمكن القاضي من تكييف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل حالة توصلا الى اعطائها الحل المناسب لها . أي أن الصياغة المرنة لا تحقق العدل بالنسبة الى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة وإنما تحققه بالنسبة الى حالات واقعية مختلفة . ومن هنا كان العدل الذي تحققه الصياغة الجامدة عدلاً متوحداً لا يختلف باختلاف الحالات الفردية المندرجة تحت النموذج المجرد ، وكان العدل الذي تحققه الصياغة المرنة عدلاً متفاوتاً بتفاوت الظروف والملايسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة الجامدة إنما هي وسيلة لتحقيق العدل "La Justice" بينما الصياغة المرنة هي إحدى وسائل تحقيق العدالة "L'équité" (١) .

---

(١) يختلف « العدل » عن « العدالة » . ذلك أنه رغم قيامهما على مبدأ المساواة في معاملة المواطنين بأحكام القانون ، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة جامدة مجردة تنبني على أساس الوضع الغالب في الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة . بينما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة مجسدة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة إلا تماثلت كذلك هذه الحالات في ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية .

والأصل أن القانون يستهدف تحقيق العدل . ولا يستهدف تحقيق العدالة إلا استثناءً ولذلك فهو حين يصح مثلاً الى تحديد سن الرشيد ، لا يترك الأمر الى القضاء ينظر في كل حال بخصوصها ليحدد سن الرشيد على ضوء ظروفها . وإن يكن في ذلك تحقيق للعدالة نظراً الى «



فالصياغة المرنة في بعض قواعد العقوبات تمكن القاضي من تحقيق العدالة : فعدم تحديد العقوبة بقدر ثابت وحصرها بين حدين ، حد أقصى وحد أدنى ، يمكن القاضي من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدين حسب ما تمليه ظروف كل حالة . وإجازة تخفيض العقوبة إذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة ، تمكن القاضي من النزول بالعقوبة والتدرج في هذا النزول حسب ما تمليه ظروف كل حالة من ضرورة استكمال الرافة . وكذلك فالصياغة المرنة تمكن القاضي من مراعاة العدالة في شأن أضرار الجوار ، إذ يستطيع مضابقة معيار الأضرار المألوفة ، على ما يعرض أمامه من حالات ، وتحديد الأضرار التي تتجاوز المألوف في كل حالة تبعا للظروف الخاصة بها ، والحكم في كل حالة بما يناسبها من الأمر بإزالة الضرر المجاوز للمألوف أو التمييز عن ضرورة تحميله بمبلغ من المال . وكذلك تمكن الصياغة المرنة القاضي من تقدير ما يحيط بكل واجب يطلب الرجوع في الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعتبر من قبيل « العذر المقبول » .

وفي كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنة من تحقيق العدل الواقعي أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون للقاعدة القانونية المرنة إذن قدرة على مسايرة التطور الاجتماعي ومواجهة ما يطرأ من وقائع وحالات جديدة<sup>(١)</sup> ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التي تكتفي بتحقيق العدل المجرد ، فتجهد عن متابعة التطور الاجتماعي قانعة بتحقيق الثبات والاستقرار .

---

تفاوت الناس في النضج العقلي وتأثر تمدنه عند بعض وتبكيره عند بعض آخر .. ولكن القانون يتكفى بـ«مه توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين في النضج العقلي على أساس اوضاع البساح فهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد ارتشيد سن الثامنة عشرة كسنا يفصل بين المشرعين او بين العاديين والمشرعين كما يفعل المشرع المصري . وليس يخفى ما قد يكون في هذا التحديد الجهد العام من ظلم على بعض الناس سريسي النضج العقلي ، او ما قد يكون فيه من محاباة لبعض آخر يطره هـذا النضج ، ولكنه رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظم والاستقرار في الجماعة » انظر كتابنا « أصول القانون » فقرة ١١ ، ص ٣٠ و ٣١ .

(١) قد يأخذ على الصياغة المرنة بعض خصومها أنها - بما تترك للقاضي من سلطة واسعة في التقدير - لا ثابت أن تقوده أن التحكم . مما ينطو منه إشاعة ما يجب من أمن واستقرار =

وأيا كان الرأي في المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالتأنيب أن القانون محتاج اليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطور على السواء . فكل من الصياغتين يحقق إحدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الأخرى . فالصياغة الجامدة - ان كانت تحقق الاستقرار - الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور ، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعا مجردة دون اعتبار للظروف والملايسات الخاصة . والصياغة المرنة - ان كانت تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى - الا أن ذلك يتم على حساب الأخلال بالاستقرار والأمن فى المعاملات .

فالحاجة إذن مزدوجة الى الصياغة الجامدة والصياغة المرنة على السواء . ولكن مجال الصياغة الجامدة ما زال أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة . اذا ما زالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبية على اعتبارات التطور به ، بحيث يمكن القول ان القاعدة الجامدة (règle rigide) هى نموذج القواعد القانونية فى الأصل ، أما القاعدة المرنة أو المعيارية (standard) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات التى يستعصى الأمر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملايسات الخاصة .

وفى القانون المصرى ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على القواعد المرنة أو المعيارية . وان يكن التقنين المدنى الحالى قد أفسح المجال لبعض قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالحلول حسب التفاوت فى الظروف والملايسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه . فمن ذلك - فضلا عما سبق بيانه من معيار « المذمور المقبول » فى الرجوع فى الهبة ، ومعيار « المضار

---

= فى المعاملات . غير أن هذا الخوف من تحكم القضاة . ليس ثم ما يبرره . فالتضاء قد ألبت هاتما - وهو الأمين على تطبيق القانون - أنه يزن أحكامه بينان دقيق يسلو على كل مخلة أو تحكم - فضلا عن أن وجود محكمة النقض - وهى الرقابة على صحة تطبيق المحاكم للقانون - ككبل يتوحد اتجاه المسالك توحيدا يقوم على القصد والاعتدال فى استعمال ما تمنحه الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة .

الالوفه في الحوار ، . ومميّار . الباعث المشرع ، و . المدة المعقولة ، في شأن الشروط المانعة من التصرف - معايير أخرى من أهمها مميّار « القسطنطيني » ( م ١٢٠ مدني ) . ومميّار « التدليس الجسيم » ( م ١٢٥ مدني ) . ومميّار « الرعية القائمة على أساس » ( م ١٢٧ مدني ) ، في الوقوف على ما يشوب الإرادة من عيب يجيز إبطال العقد - وكذلك مميّار « اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين » ومميّار « استغلال الطيش البني أو الهوى الجامح » ، لإبطال العقد أو انقاص التزامات من وقع عليه الاستغلال ( م ١٢٩ مدني ) - وكذلك مميّار « الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة » - ومميّار « التنفيذ المرحق » لتمديد العقد ورد الالتزام المرحق الى الحد المعقول ( م ١٤٧/٢ مدني ) .

## المبحث الثاني طرق الصياغة القانونية

قلنا ان الصناعة أو الصياغة القانونية هي مجموع الأدوات أو الطرق التي تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العمل اخراجا يحقق الغاية التي ينصح عنها جوهرها . وناخذ الآن في بيان هذه الأدوات والطرق التي يقسمها الفقه الى طرق مادية وطرق معنوية .

### الطلب الأول الطرق المادية

#### *Les procédés matériels*

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الأدوات التي تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تميرا ماديا مجسما في مظهر خارجي . وسوف نجتزئ في بيان هذه الطرق المادية بالإشارة الى الطريقتين التاليتين .

#### ١٠٢ - تحليل الكم محل الكيف (١) :

يقصد بطريقة « تحليل الكم محل الكيف ، *Substitution du quantitatif au qualitatif* إعطاء القاعدة القانونية تحديدا محكما بالتعبير عن مضمونها برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آليا ، لا يفسح المجال عادة لتحكم من جانب القاضي . فالعنى الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفا معنويا يصاغ اذن صياغة كمية أو رقمية ، تحدد في العمل تحديدا ثابتا لا تاويل فيه ولا إبهام ، مما يمنع الخلاف بشأنه ويسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء .

---

(١) راجع في ذلك :

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادى من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة . ذلك أن جوهر القاعدة القانونية فى هذا الشأن ، هو اناطة الأهلية بتمام التمييز ورجحان العقل ، وهو ما لا يصلح بذاته للتطبيق الممل الحاسم . فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الأهلية ، لا يتأتى - والأفراد متفاوتون فى ذلك أشد التفاوت - الا بترك الأمر الى القاضى ، يتفحص كل فرد من الأفراد على حدة ليمين له أهليته تبعاً لدرجة نضوجه العقل . وليس يحتاج الأمر الى بيان ما قد يجره ذلك من تحكم القضاء ، فضلاً عن أنه يخلق مصدراً للمنازعات لا ينضب ، مما يضيع كثيراً من الوقت والجهد والمال . من أجل ذلك كان من الحتم ترجمة تمام التمييز أو رجحان العقل ، وهو معنى كفى ، ترجمة عملية بسيرة الفهم والتطبيق ، وهل ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تعديده بسن معينة هى السن التى يتم عندها رشد الفرد المادى ؟ . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » ( م ٢/٤٤ ) .

ومن قبيل ذلك أيضاً تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية : فتحدد أهلية الانتخاب مثلاً بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى . وتحدد أهلية الترشيح لمضوية المجالس النيابية بسن معينة ، أو بتوافر نصاب مالى معين فى المرشح كحد أدنى لدخله أو للمضريبة التى يدفعها سنوياً .

وكذلك فمن أمثلة احلال الكم محل الكيف تحديد انصبه الورثة بنسب معينة ، تراعى فى قدرها درجة القرابة الى المتوفى . وتحديد مدى حق الازهار بنسبة معينة من التركة هى الثلث . وتحديد القين فى بيع عقار غير ندى الأهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل ( م ٤٢٥ مدنى ) . وتحديد الربا الفاحش بما يزيد على سبعة فى المائة ( م ٢٢٧ مدنى ) . وتحديد التقادم المسقط والكسب بخمس عشرة سنة كقاعدة عامة ( م ٣٧٤ و ٩٦٨ مدنى ) .

وقد يكون من قبيل احلال الكم محل الكيف ود جوهر القاعدة القانونية الى عدد محدود من الحالات ، أى صياغته صياغة تحصره وتحدده بما لا يدع

مجالا لتجاوزة الحصر والتعديد . ومن أمثلة ذلك النص الذي يحدد الدينون المتأزاة التى يكون لها أفضلية فى الرفاء على سائر الدينون الأخرى محددا على سبيل الحصر ( م ١١٢٨ وما بعدها مدنى ) . والنص الذى يبيت الحق فى الشفعة لأشخاص يعدهم عددا بما يتوافر فىهم من صنفاء معينة ( م ٩٣٦ مدنى ) .

### ١٠٣ - التشكليات (١)

يقصد بذلك المظاهر الخارجية التى يفرض على الأفراد اتباعها فى تصرفاتهم لامكان ترتيب آثار قانونية معينة . وبذلك ينضاف الى العنصر الداخلى عنصر خارجى يؤكد وجوده ويضمن مفعوله فى نطاق القانون . ويقصد باشتراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجية ، اما التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، واما تيسير اتباعها من بعد ، واما امكان الاحتجاج بها على الغير .

اما الشكل الذى يقصد منه التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أى افراغ التصرفات فى كتابة رسمية تتم على يد موظف رسمى طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه . ولئن كانت القاعدة العامة فى القانون الحديث اليوم هى مبدأ الرضاية أى الاكتفاء بحصول التراضى بين المتعاقدين لانقضاء العقد والالزم به - خلافا لما كان قائما فى القانون الرومانى من قبل - الا أن من التصرفات ذات الخطر والائر الضخم ما يقتضى التنبيه إليها والتفسير على من يريد ابرامها - باشتراط حصول تحريرها بواسطة موظف رسمى مختص - ليتدبر أمرها ويبرر بمخاطرها ، فلا يقدم عليها الا عن روية وبصيرة . ومن قبيل ذلك ما يشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى المصرى من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلة . وما تشترطه المادة ١٠٣١ من نفس التقنين من رسمية الرهن التامينى أو الرسمى الذى يرد على عقار . وتنبى الإشارة الى أن الرسمية هنا شرط لانقضاء التصرف لا لاثباته . بحيث اذا لم تتم هبة العقار بورقة رسمية وقعت

(١) ذابح فى ذلك :

باطله . وادام الزمى الرسمى بورقة عرقية فهو باطل معدوم لا سرب عليه  
آثاره القانونية .

ومن قبيل الاشكال الى بعثد منها التنبيه الى خطورة النصرف - غير  
الشكل الرسمى - اشراط الحصول على اذن ممين لمباشرة بعض التصرفات ،  
كبعض التصرفات المحددة التى لا يجوز للوصى مباشرها الا باذن المحكمة  
حماية لاموال الفاصر .

واما الشكل الذى يقصد منه تيسير اثبات التصرفات معا لكثرة  
المنافضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة . ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى  
من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة فى غير المواد التجارية اذا كان النصرف  
القانونى مزيد قيمته على مائة جنيه . ، وأما ما لا يزيد قيمته على ذلك فيصح  
اثباته بشهادة الشهود أى بالبسة ( م ٦٠ من قانون الاثبات ، معدلة بالقانون  
رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ )<sup>(١)</sup>

فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات التافهة القيمة ، وبين  
التصرفات التى تكون على جانب من القيمة المالية ، ولا حرج من الترخص فى  
اثبات الاولى ولو عن طريق الشهادة ، أما الثانية فالمصححة تقضى باشتراط  
الكتابة بشأنها . فان لم يتم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ،  
وان قام عدم الكتابة عقبة فى سبيل اثباتها . فالكتابة اذن شرط لاثبات  
هذه التصرفات لا شرط لانعقادها .

وأما الشكل الذى يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات فى  
مواجهة الغير ، فمن أمثلته ما يقضى به المشرع المصرى من أنه « تعتبر الشركة  
( المدنية ) بمجرد تكونها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على  
الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون » ( م ١/٥٠٦  
مدنى ) ، وما ينص عليه من أنه لا يكون الرهن الرسمى نافذا فى حق الغير  
الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا

---

(١) رفع قانون الاثبات فى البداية نصاب الاثبات بالكتابة الى ما يزيد على عشرين جنيها بعد أن كان  
املا ما يزيد على عشرة جنيهات ( م ٤٠٠ مدنى ) ، وذلك نظرا لانخفاض القوة الشرائية للنقود. لم رفع  
للمشرع أمرا هذا النصاب الى ما يزيد على مائة جنيه ( القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ) .

على العقار ( م ١٠٥٣ مدني ) . ففي هذه الحالات جميعا ، لا يكفي اعتماد التصرف فيما بين أطرافه لتنفاذه في حق الغير ، إذ يلزم لهذا العاخذ اتخاذ الشكل المطلوب . فالشكل في هذه الحالات إنما يقصد به حماية الغير عن طريق اعلانه بالتصرف القانوني الذي لم يكن طرفا فيه ، بحيث يكون لهذا الغير - عند تخلف الشكل - تجاهل التصرف رغم توافر عناصر تكوينه أو انعقاده القانوني .

### المطلب الثاني

#### الطرق المنوية

#### Les procédés intellectuels

يقصد بالطرق المنوية للصبغة القانونية الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهني بحث في سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها ، فهي إذن طريقة منطقية محض من صنع الذهن . وسوف نجتزئ في بيان هذه الطرق بالإشارة الى طريقتين اثنتين هامتين منها هي : القرائن القانونية والافتراض أو الحيل القانونية .

#### ١٠٤ - القرائن القانونية (١)

يقصد بالقرائن القانونية *Les présomptions légales ou de droit* .  
أخذ أمر مشكوك فيه - ولكنه محتمل تبعا للمالب والمألوف في العمل - على أنه أمر مؤكد ، أي تحويل الشك في شأنه الى يقين وإخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس . ذلك أن ما تحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه

(١) راجع في ذلك خاتمة :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 280 - 288. — Decotignies, Les présomptions en droit privé, 1900. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, Nos. 61, 318, 388.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، فترات ٣٣٦ - ٣٤٠ - عبد الحميد فرج الصمد ، الإثبات في المواد المدنية ، ط ٢ ، ١٩٥٤ . فترات ٢٢٤ - ٢٢٢ .



شك أو غموض يستمضى على الجلاء . ولا كان التحقيق العملي للقانون ولفكرة العدل التي يستهدفها يتطلب دقة واحكاما واستقرارا مميّنا ، فان هذا قد يدفع القانون دفعا الى تحويل الشك الى يقين عن طريق اقامة قرينة قانونية . فالقرينة القانونية اذن عملية ذهنية نلخص في تبديد الشك والاختلاط الذي يحيط ببعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الأكثر موافقة للمراجع والمألوف في العمل (١) .

واذا كان المجال الاصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات ، أى مجال القواعد القانونية المطلقة باثبات الحق . فان الحاجة اليها قائمة كذلك فى مجال القواعد القانونية الموضوعية أى المتعلقة بموضوع الحق لا باثباته .

### ( ١ ) القرائن القانونية فى مجال الاثبات :

المجال الاصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات . فحيث يتعلق الامر باثبات مراكز واقعية نمهدا لتطبيق القانون عليها من بعد ، ويكون هذا الاثبات مستحيلا أو مستمضيا ، يعدل القانون عن التكليف به ، مكتفيا باعتبار المألوف والغالب فى العمل فى شأن هذه الاوضاع هو الواقع الحاصل ، فيمتد به ويعتبره ثابتا بذاته دون عناء اقامة الدليل عليه . فالشك فى امر وضع من الاوضاع لمتعذر اثباته أو استحالة ، تتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهنى يأخذ الغالب فى العمل اشارة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع . وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والامن والاستقرار فى المجتمع ، اذ لو ترك الامر للاثبات المادى العادى المباشر - وهو متعذر فى مثل هذه الاوضاع أو مستحيل - لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ولدخل التحكم احكام القضاء .

ومن امثلة هذه القرائن القانونية قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيفترض ان الولد ابن الزوج . فالولد اذن قيمة الزوجية ونتائجها ، أو كما ورد فى حديث

الرسول عليه السلام « الولد للفراش » . ذلك أن اثبات نسب المولود للزوجة من زوجها أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به . ولما كان الغالب في العمل هو أن الزوجة مقصورة على زوجها فلا تتصل اتصالا جنسيا إلا به ولا تلد بالتبعية إلا منه ، فيعمم هذا الغالب ويحمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادي مباشر محمل اليقين ، فيعتبر أن المولود من حمل حدث وقت الزوجية (١) هو ابنه .

ومن أمثلة هذه القرائن كذلك قرينة اعتبار المفقود ميتا متى غلب على الظن هلاكه (٢) . فهذه القرينة مثل من أمثلة الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينة على وفاة المفقود أو حياته . إذ المصلحة تقضى - في الحالات التي يغلب فيها هلاكه - باعتباره ميتا لتصفية ما هو معلق من حقوقه والتزاماته . فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام اثبات وفاته أمرا متعمدا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمانة على تحقيقه وقرينة على وفاته .

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، اعتبار ارتكاب القاصر عملا غير مشروع قرينة على خطأ من يتولى رقبته كالأب أو الوصي بتقصيره في أداء ما يقع عليه من واجب الرقابة ( م ١٧٣ مدني ) ، واعتبار أن الضرر الحادث من الحيوان أو من انهزام البناء أو من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقصيره في القيام بهذه الحراسة ( م ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ مدني ) ، واعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط ( م ٥٨٧ مدني ) .

---

(١) يعني القانون كذلك بأقلية قرائن قانونية على اعتبار العمل حادثا وقت الزوجية بتحديد حد أدنى له من وقت انقضاء الزواج وحد أقصى له من وقت انحلال الزواج . وقد حدد المشرع المدة الحد الأدنى بستة أشهر والحد الأقصى بسنة ( انظر في ذلك : عبد الوهاب خلاف . أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . ١٩٢٨ . ص ١٨٦ و ١٨٧ . - عمر عبد الله . أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية . ١٩٥٦ . ص ٤١٠ و ٤١١ . - وكناينا أصول القانون ، لفرة ٤٧٥ ، ص ٧٢١ ) .

(٢) انظر لاحقا ما سيورد في شأن أحكام المفقود عند التفرغ لنهاية شخصية الإنسان أي الشخص الطبيعي .

وفي كل هذه القرائن وأمثالها يتقن القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره (١) . إذ هذا الاثبات متضمن في ذات القرينة ، ولذلك يقرر المشروع المصري أن « القرينة القانونية تقضي من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات » ( م ٩٩ من قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ) .

ولكن لما كانت القرائن القانونية مبنية على الغالب الراجع في العمل بحيث لا تفصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنة أو خلاف ، يجب أن يترك الباب مفتوحا في الأصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز إقامة الدليل على هذا التخلف أو الشفوذ ونقض القرينة المقاومة في شأنها بالتالي . ولذلك كان المبدأ أن القرائن القانونية قرائن بسيطة تقبل اثبات العكس (٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولا اعتبارات خاصة الخروج على هذا المبدأ واعتبار بعض القرائن القانونية قرائن قاطعة لا يجوز اثبات عكس ما تقضي به (٣) . وهذا ما تمنيه

(١) ولكن يبقى واقعا على عاتق من تقررت القرينة لمصلحته إقامة الدليل على توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها . فيجب مثلا اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من حمل حادث وقت الزوجية لاعتبار المولود ابنا للزوج ، ينقض القرينة القاطعة دون حاجة الى اثبات هذا التسمي . ويجب اثبات غيبة المفقود في ظروف يذهب فيها حلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويجب اثبات خطأ القاصر . لاعتبار متولى رعايته مقصرا في الرقابة دون حاجة الى اثبات تنصيره . ( أنظر كتابنا أصول القانون ، فقرة ١١٠ ، ص ٢٤١ و ٢٤٢ ) . وهكذا الشأن في باقي القرائن الأخرى .

(٢) فيجوز مثلا نقض قرينة اعتبار المفقود ميتا باثبات عودة المفقود أو استمرار حياته . ونقض قرينة خطأ متولى رقابة القاصر باثبات قيامه بواجب الرقابة بما ينبغي من حيلة وعناية . والأصل أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة ، إلا أن يستلزم التدرج طريقا معينا خاصا لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضي به ، فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها ، ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر في الشريعة الإسلامية لنقض قرينة « الولد للفرس » وهو طريق اللعان ( أنظر في تفصيل هذا الطريق وشروطه : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ - ٤١٤ ) . وطريق اللعان بالتزوير لمضى قرينة حجية السند الرسمي بما دون فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقت من قوى الشأن في حضوره ( م ١١ من قانون الاثبات الجديد ) .

(٣) ومع ذلك ، فمن المتفق عليه أن القرائن القسائية القاطعة يمكن حلها ولكن بالقرار أو الميثاق ( أنظر : *Donatigiana, thèse préfacée, Nov. ٨٤ - ٨٥* - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٢٢٢ ) .

المادة ٩٩ من قانون الإثبات الجديد سالفة الذكر بقولها أنه «... يجوز نقض ٠٠٠ القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » ، ومن قبيل القرائن القاطعة الاستثنائية ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان أو الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ( م ١٧٦ و ١٧٨ مدني ) (١) .

وغنى عن البيان أن القرائن القانونية في مجال الإثبات تفرق عن نوع آخر من القرائن يسمى **القرائن القضائية** . فالقرائن القانونية طريقة ممنوعة لهيأة القاعدة القانونية ، أي أن إقامتها إنما تكون في مرحلة تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تكون من صنع المشرع أو القانون الوضعي بوجه عام (٢) . أما القرائن القضائية فهي من صنع القاضي ، مما يفترض أن إقامتها أو استخلاصها يكون في مرحلة تطبيق القاعدة القانونية لا في مرحلة تكوينها ، فالقاضي يستخلص في صدد قضية مطروحة عليه ، من بعض الوقائع الثابتة لديه ، أمارات يكون بها عقيدته - طبقا للغالب في العمل ومجرى الأمور الطبيعي - في شأن واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر (٣) ، كاستخلاصه صورة البيع من قيام علاقة زوجية أو قرابة وثيقة بين أطرافه ،

---

(١) من الواضح أن القرينة هنا قرينة على الخطأ لا على المسؤولية . ولذلك فإذا كانت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه يمتنع على الحارس إقامة الدليل على عكسها بانهيات عدم تصديره وخطئه في الحراسة ، فإن ذلك لا يمنعه من نفي مسؤوليته عن طريق نفي علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٢) لا يستأثر التشريع وحده بصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمي آخر من مصادر القانون الوضعي كالعرف ، والقول بغير ذلك مناه رد القانون الوضعي كنه إلى مصدر وحيد هو التشريع ، وهذا غير صحيح . ( في هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 225, pp. 327, 330 ) - وقارن : عبيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ ، فقرة ٦٠٠ .

(٣) يمتنع القاضي بسلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية ، وهو ما يؤدي - بالنظر إلى الاختلاف المحوم بين النضاة في هذا الاستنباط تبعا لاختلاف النظر والتقدير - إلى عدم اتفاق المحاكم على ما يعتبر من قبيل القرائن القضائية ، وإلى اختلاف الدلالة المستنبدة من هذه القرائن في مجال الإثبات بالتالي بما يقع هذه القرائن دون مرتبة الكتابة ، ويساويها بمرتبة البينة إلى الشهادة ( انظر عبد الرزاق السنهوري ، ج ٢ ، فقرة ١٧٨ ، ص ٣٢٤ ) . ولذلك ينص المشرع المصري على أنه لا يجوز الإثبات بقرينة قضائية إلا حيث يجوز الإثبات بشهادة الشهود ( م ١٠٠٠ من قانون الإثبات الجديد ) .

واستخلاصه التحايل على ما يقرره القانون للجار من الأحذ بالشفقة من بيع الأرض المشفوع فيها الا جزءا ضئيلا هو المجاور لأرض الجار أو مع حبة هذا الجزء الى مشتري الأرض .

## ( ٢ ) القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية :

تمس الحاجة كذلك الى القرائن القانونية في مجال القواعد المتعلقة بموضوع الحق . وهى تقوم فى هذا المجال على ما تقوم عليه فى مجالها الاصلى ، وهو مجال اثبات الحق ، من فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد الضك والاختلاط . ولكن يبقى ثم فارق جوهري بين وضع القرائن فى كل من المجالين . ففي مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل فى محله ، تعتبر القرينة هى محل القاعدة القانونية التى تقررها بحيث يرتبط تطبيق هذه القاعدة بفكرة القرينة وما تسئله من احتمال ورجحان ، فيمكن التوصل فى الاصل الى منع اعمال القاعدة القانونية فى شأن الحالات التى تشذ بها ظروفها على وجه اليقين عن مقتضى ما تتممه القرينة من احتمال ورجحان ، ولذلك قلنا انه يمكن فى الاصل دحض القرائن القانونية فى مجال الاثبات باقامة الدليل المكس . أما فى مجال القواعد الموضوعية ، فلا يعمد دور القرينة لقانونية دور الدافع أو الملة لتقرير حكم القاعدة القانونية ( وقد لا تكون هى الدافع أو الملة الوحيدة لذلك ) بحيث اذا أدت دورها من الدفع الى تقريره تلاشت وبقي الحكم وحده قائما دونها على استقلال (١) ، وهو ما يجعل تطبيق القاعدة القانونية غير منطوق بما دفع الى تقريرها من قرينة تتمم احتمالا أو رجحانا معيناً ، فلا يتأتى منع تطبيقها اذن غي شأن بعض الحالات بدعوى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان (٢) .

(١) راجع فى التفرة بين القرائن القانونية فى مجال الاثبات وبين القواعد الموضوعية

التي تمثل القرينة فيها دور الدافع أو الملة :

Gény, op. cit., t. III, pp. 226 et s. — Decottignies, thèse précitée, pp. 44, 45.

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٢٤ و ٢٢٥ و ٢٢٧ .

(٢) ومن شأن ذلك سهولة الخلط بين القواعد الموضوعية الأمرة وبين القرائن القانونية الظاهلية . ولكن فضلا عن الفرق بينهما من حيث المجال ومن حيث دور القرينة كما هو مبين فى المتن ، يبقى ثم الفرق آخر حكم بينهما : هو استحالة دحض القواعد الموضوعية الأمرة التى تظل =

وأظهر مثل على القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية ما يعمد إليه المشرع من تحديد سن الرشد بسن الحادية والعشرين في القانون المصري . فالمشرع بذلك إنما يقيم هذا الحكم مدفوعاً باعتبار أن هذه السن فريضة على كمال الإرادة ونضج العقل ، حيث أن الغالب الراجح في العمل هو توافر هذا الكمال والنضج للأفراد ببلوغ هذه السن . ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد إلى الوجود ، تنلشى القرينة التي دفعت إلى تقريرها بعد أن انتهت دورها ، فلا يعلق أعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح في العمل ، فيظل الشخص معهوداً قاصراً حتى ولو اكتمل له النضج العقلي والإرادة قبل سن الحادية والعشرين في القانون المصري .

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقرره القسانون من أن « الحياة في المنقول سند الحائز » . فهذه قاعدة موضوعية<sup>(١)</sup> تختفى وراءها قرينة قانونية مأخوذة من الغالب في العمل من أن حياة المنقول تكون بيد المالك . ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، إذ تقوم منها مقام العلة والدافع ، ولذلك لا يعلق أعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . فما دامت شرائط هذا الأعمال متوافرة ، فلا يتأتى بصد ذلك منه - في الحالات التي تشذ عن حكم الغالب - بدعوى أن المالك الحقيقي شخص آخر غير الحائز ، إذ الحياة - متى توافرت شرائطها - تصبح بمقتضى القاعدة سبباً للملكية المنقول .

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من « حجية

---

= القرينة فيها دور الدافع والعلة بأي طريق من الطرق حتى بالإقرار أو اليمين ، وإمكان دحض القرائن القانونية القائمة - رغم قطبيتها - بالإقرار أو اليمين ( انظر : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ ، ص ٦٢٢ ) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ .

الامر المقضي ، (L'autorité de la chose Jugée) (١) . فهذه قاعدة موضوعية (٢) تخفى وراما قرينة قانونية على اعتبار الحكم القضائي عنوان الحقيقة فيما قضى به ، اذ الضال ان تقيم الاحكام القضائية تضامها على اساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة . واذا كانت هذه القرينة هي احد الدوافع الى تقرير هذه القاعدة ، فانها تتوارى وتنفصل عنها بحيث لا يمتنع اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الاحكام القضائية . فالامر المقضي تكون له دائما حجته ، دون نظر الى ما قد يشذ في النادر من احكام عن مقتضى الغالب من قضاء الاحكام بالحقيقة . وبذلك يمتنع دائما على نفس الخصوم في نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائي ، ان يجددوا امام المحاكم بغير طرق الطعن القانونية - اي بدفع او دعوى مبتدأة - نفس النزاع المتعلق بذات الحق محلا وسببا ( م ١٠١ من قانون الاثبات الجديد ) (٣) .

واذا كانت هذه القرائن وامثالها تتلشى وراء القواعد الموضوعية ، فيبقى على أي حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها ، وهو ما يمددا بسند عقل منطقي يبرر احكامها (٤) .

#### ١٠٥ - الافتراض أو الحيل القانونية (٥)

يقصد بالافتراض أو الحيل القانونية *La fiction Juridique ou de droit*

(١) تجب التفرقة بين « حجية الأمر المقضي » وبين « قوة الأمر المقضي » (La force de la chose jugée) . فالحجية تلتحق كل حكم موضوعي فاصل في خصومة ، سواء كان نهائيا او ابتدائيا ، حضوريا او غيابيا ، أما القوة فلا تلتحق الا الحكم النهائي وحده ، وهو الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٢٤٢ ) .

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٢٢ و ٢٢٧ و ٢٤٤ .

(٣) راجع في تفصيل « حجية الأمر المقضي » :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٤١ - ٢٧٩ ، ص ٦٢٠-٦١٤ .  
(٤) Gény. op. cit., t. III, No. 290, p. 390.

(٥) راجع في ذلك مجلة خاصة :

Dokkers, La fiction juridique, 1985. — Gény. op. cit., t. III, Nos. 340 — 342.

ونظر كذلك كتابنا أصول القانون ، فقرة ١١١ ، ص ٢٤٨ - ٢٥٢ .

اعطاء وضع من الاوضاع حكما يخالف الحقيقة توصلا الى ترتيب اثر قانونى معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونية احتيالا وتزويرا على الواقع ، اذ - وهى تقوم على تصوير ذهنى معين - لا تجمل منه انعكاسا لاصل صورته الطبيعية فى الواقع بل قلبا وتحريها له ، وذلك بقصد تحقيق ما تستهدفه من غرض اقامة التنظيم القانونى على نحو معين<sup>(١)</sup> .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونية » . فرغم أنها يشتركان فى اعتبارهما طرقا ممنوية لصياغة القاعدة القانونية تقوم على تصوير ذهنى للواقع ، تحكمى بعض الشئ ، بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ، الا ان الطريقة الاولى تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالبة الراجعة فى العمل بحيث يانى تمييزه فى الاتجاه المادى الطبيعى للأمور ، بينما تستبجح الطريقة الثانية - فى سبيل الوصول الى الهدف المقصود - تأسيس تصويرها على انكار الواقع أو تشويهه<sup>(٢)</sup> . ولذلك يعتبر الافتراض مخالفة صريحة للواقع ، بينما تعتبر القرائن تسليما بحكم الطبيعى والغالب منه .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام الموت المدنى<sup>(٣)</sup> الذى كان معروفا - كمقوية تبعية - فى بعض الشرائع الى قريب . فبمقتضاه كان يفترض موت الشخص افتراضا بحثا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقائه فعلا بقاء الحياة ، ويرتب على هذا الافتراض اثره القانونى من اصدار الشخصية بما يستتبعه هذا الاهدار من نتائج مختلفة .

ومن قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة فى الصيف مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعى .

وتعتبر طائفة المقارات بالتخصيص (immeubles par destination)

(١) Gény, op. cit., t. XII, No. 241, pp. 367 - 368.

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 226, pp. 260 - 261.

(٣) انظر فى هذا النظام : كتابنا سالف الذكر ، جلد ١ ، ص ٧١١ و ٧١٢ .



وطائفة المنقولات بالمآل (meubles par anticipation) من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعي للأشياء مخالفة صارخة ، فيفترض أن بعض المنقولات عقارات اذا كانت مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ، ويفترض أن بعض المقارنات منقولات ما دام مآلها القريب الى الانفصال عن أصل ثباتها والتحول بذلك الى منقولات .

ورغم ما تحققه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من فوائد عملية لا يمكن إنكارها ، فلا ينبغي اغفال ما تنطوي عليه من أخطار جسيمة نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقع . ولذلك ينبغي أن يظل التجاء القانون إليها محصورا في أضيق الحدود ، حين يكون الاتجاه إليها أمرا لازما وضروريا لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعي ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هي التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية (١) . وعلى أي حال فإن تحديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يجاوز حدود الفرض المقصود من تقريره ، فيكون إذن محلا للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون (٢) .

---

(١) Glénat, op. cit., t. III, No. 267, pp. 417, 418.

(٢) ينظر « جيني » ذلك على حالة ما اذا كان الافتراض حلا تمكينا يفرضه المشرع - أما اذا كان المشرع قد ألبس مبدأ نالما أو عادلا قوب الافتراض لكي يسهل اجراءه في الحياة العملية ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ما هو محل له من مدى واسع

انظر : Glénat, op. cit., t. III, No. 268, p. 418.

## الفصل الثانى

### اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل

#### ١٠٦ - تهيئـة وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبها ، فتحدد مضمونه «الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملى » غير انه يظل مجردا من قوة تلزم الافراد به ، اذ لا تكون له الا قوة الزام ادىية يفرضها العقل ، فيحتاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الافراد فى الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطة تمنحها القوة الملزمة فى العمل ، فتفرضها على الناس وتحملهم جبرا على احترام احكامها . وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونية قاعدة وضعية ، أى قاعدة سائدة مطبقة فى العمل ، ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة احترامها .

فما هى السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القانونية قوة ملزمة فى المصل ؟ . او بعبارة أخرى ، ما هى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ؟ الوضعية ؟ . يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها فى القانون المصرى بوجه خاص .

ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام .

المبحث الثانى - فى المصادر الرسمية للقانون المصرى .

## البعث الأول

### المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

#### ١٠٧ - تمهيد

ليست المصادر الرسمية للقاعدة القانونية واحدة مشتركة في كل الجماعات ، بل هي تختلف من جماعة إلى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها والمتفاوتة بتفاوت الزمان .

ورغم هذا الاختلاف بين الجماعات في المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، نستطيع أن نقول أن العرف والتشريع - على تساوت بينهما في الأهمية والمرتبة بحسب المكان والزمان - يعتبران كقاعدة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا .

غير أن ثم مصادر أخرى - إلى جنب العرف والتشريع - عرفتها بعض جماعات دون أخرى في القديم والحديث على السواء ، وإن يكن حظها اليوم - في عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية - أما ضئيلا كالدين أو منعدما كالفقه ، أو خاصا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء . فنعرض إذن لكل هذه المصادر الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين ، ثم الفقه ، ثم القضاء .

#### المطلب الأول

#### العرف والتشريع

#### ١٠٨ - تمهيد ومقدمة

لعل أول مصدر عرفته الإنسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر في المصل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الأفراد على المصل بسنة معينة ، مع اعتقادهم في إلزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الإكراه على من يخالفها .

ولكن مثل هذا المصدر ، ان كان يوافق الجماعات البدائية حيث حاجاتها لم تتعدد بصد ، الا أنه لا يلبث - مع تقدم الزمن وتضخم الجماعات وازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها - أن يفصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف - وهو مصدر بطيء الانتاج - عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة . فيتواري قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع . تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان .

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرفهما كل الجماعات منذ قديم ، وما زالت تعرفهما الى اليوم ، وان تكن حقيقتا فيها متفاوت كل التفاوت . فالعرف في القديم كن المصدر الرسمي الاول . ثم ما زال يتقهقر في أهميته حتى غدت الصدارة اليوم - عند أغلب الجماعات - للتشريع في الإلزام بالقواعد القانونية . ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف في العصر الحديث المكان الاول بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتقلبه على التشريع . غير أن انتشار المذهب الاجتماعي في الآونة الأخيرة ، بما يستتبع من ازدياد تدخل الدولة في نشاط الأفراد تحقيقا للمصالح العام ، أصبح يهدد العرف في مركزه باعتباره المصدر الرسمي الاول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمهيدا لإحلاله محل العرف في الأهمية والاعتبار .

وليس هنا مجال بسط القول في التشريع والعرف . فمحس ذلك عند الكلام في المصادر الرسمية للقانون المصري ، باعتبارها في الغنيمة منيا .

## الطلب الثاني

### البدن

#### ١٠٩ - صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والأحكام التي ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهي تنظم عادة المبادات أى علاقة المرء بربه ، والأخلاقيات أى علاقة

المرة بنفسه . ولما كانت مثل هذه العلاقات لا تعنى القانون فى الأصل كما سبق البيان ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لا يعدو مجرد الجزاء الأخرى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطاقه الخاص .

غير أن من الأديان ما جاء منتظما - فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الأخلاق - لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره ، ومقررا - فضلا عن الجزاءات الأخروية - لجزاءات دنيوية كقالة لاحترام أحكامها ، ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون . ثم أتيح لمثل هذه الأديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعد ما يمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الإكراه الجماعى ، فعدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون - فيما يطبق من قواعد - إلى جنب المصادر الرسمية الأخرى . بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة إلزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، بحيث غدت هذه القواعد الدينية تلزم الأفراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة نصيب فى فرضها أو الإلزام بها ، وإنما يقتصر دور الدولة فى شأنها على تسخير قواها المادية الغلبة فى سبيل كفالة احترامها .

ثم تجاوزت مسح الزمى هبة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه فى أغلب الجماعات عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، وردده فى بعضها إلى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التى تسهم بنصيب فى تكوين جوهر القانون ، أى كمصدر تاريخى تستقى منه أحكام التشريع .

غير أن قلة من الجماعات ما تزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، فى نطاق يتفاوت بتفاوت تمسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها . ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول العربية حيث يعتبر الدين الإسلامى مصدرا رسميا للقانون فيها ، أما بوصفه مصدرا أصليا عاما ، وأما بوصفه مصدرا أصليا خاصا فى نطاق محدود هو عادة نطاق مسائل الأحوال الشخصية ، وأما بوصفه مصدرا احتياطيا . بل وتعتبر هذه الدول باقى الأديان السماوية الأخرى كذلك مصدرا أصليا خاصا بمعتقداتها فى نطاق

مسائل الأحوال الشخصية • أما الدول الغربية التي انتشر فيها الدين المسيحي ، فلم تعد تعتبر هذا الدين مصدرا رسميا للقانون فيها اليوم • وبعيننا أساسا في هذا المقام التعرض للدين الاسلامي والدين المسيحي ، فهذان الدينان المتقابلان اليوم في الشرق والغرب ، يختلفان فيما نكل منهما من قوة الزام بالقواعد القانونية في نطاق العمل ، على النحو الذي نوجزه فيما يلي :

### ١١٠ - الدين المسيحي

تحكمت ظروف العصر الذي نشأ فيه هذا الدين ، في صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط الناس بعضهم ببعض ، وفي حصر جهده في تثبيت قواعد الاخلاق وتكوين النفوس • ذلك أن الدين المسيحي قد نشأ في عصر ومكان مزدهم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه ليأتي بمزيد من القواعد القانونية والاحكام الدينية ، وانما كانت الحاجة اليه اكبر ما تكون لانتفاذ الشرائع والقوانين من أيدي الخامدين والحرفيين وعبدة الألفاظ والنصوص • من أجل ذلك ترك الدين المسيحي مجال القانون ، فلم يعرض لقواعده القائمة بتعديل أو إلغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمائر يروضها بالأخلاق ويهذبها بالمبادء<sup>(١)</sup> ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر » •

ثم أتيح للدين المسيحي أن ينتشر بعد ذلك في أنحاء الأرض وعلى الأخص في بلاد الغرب ، فأتبع بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والسلطان حتى اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية وأمكن للكنيسة أن تفرض على الناس - الى جانب قواعد القانون الروماني السائد حينئذ في أغلب هذه البلاد - قواعد قانونية في شئون كثيرة مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود • وهي قواعد لم ينزل بانكراها

---

(١) انظر في ذلك :

عمر محمود العقاد ، عبقرية المسيح ، ١٩٥٢ ، ص ١٢٢ و ١٢٣ •

الدين المسيحي نفسه - لانه كما سبق اليهسان دين قد اعتزل في نسااته  
السلطة وابتعد عن نطاق القانون - ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريبا من  
المثل والمبادئ المسيحية - فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسي<sup>(١)</sup> .  
وهو قانون ليس مصدره الرسمي المباشر الدين المسيحي نفسه ، وانما مصدره  
الكنيسة نفسها واجتهاد فقهاء وقضاها اجتهدا يستلهم روح الدين  
المسيحي وتعاليم السيد المسيح .

وظل القانون الكنسي معمولا به في اغلب هذه البلاد - أي كمصدر  
رسمي للقانون فيها - حتى استقلت السلطة الزمنية بالامر وقوضت سلطان  
الكنيسة بصلها عن الدولة فصلا تاما - فاندثر بذلك القانون الكنسي  
باعتباره مصدرا رسميا ، وان ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه  
الى اليوم مصدرا تاريخيا يستقى منه كثير من قواعد القانون فيها . ولعل من  
أهم قواعد القانون الحديث التي يعتبر القانون الكنسي مصدرا تاريخيا لها  
قاعدة الرضائية في العقود ، تلك القاعدة التي نص عليها فقهاء الكنيسة ،  
فحرموا بها العقود من الشكليات التي كان يشترطها القانون الروماني لتمام  
انعقادها ، واكتفوا في ذلك بمجرد تراضى الطرفين .

وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحي ، أو على الأصح ما تكون من قواعد  
دينية مسيحية نتيجة اجتهاد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدرا رسميا للقانون  
المصري - كغيره من الأديان السائدة في مصر - في بعض مسائل الأحوال  
الشخصية .

## ١١١ - الدين الاسلامي

أما الدين الاسلامي ، فقد نزل به الوحي دينا وقانونا في آن واحد ،  
أو - كما جرى على الألسن - نزل دينا ودولة - فلم يقتنع بوضع قواعد

(١) راجع في القانون الكنسي وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :

De La Grange et Laborde-Laposte, op. cit., No. 165. — Marty et  
Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 79.

١٤٤ م - ١٤٤ هـ - المجلد ١٤٤ - القانون

الأخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الأصل للمدين الى وضع قواعد للقانون تحكم المعاملات بمعناها الواسع ، فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والميراث والوصية والعقود والاثبات والجرائم والعقوبات أو الحدود .

وقد نزل الوحي بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله في الكتاب أي القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسول أو فعله . ثم أتيح للشرعية الإسلامية أن تنمو وتتسع نطاقها بفضل الإجماع من ناحية ، والقياس من ناحية أخرى . فنشأ من ذلك كله نظام قانوني ضخم متماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم في البلاد الإسلامية يستجيب حاجاتها ومطالبها التي استحدثتها العصر الحديث ، لو لم يحكم عليه بالمجسود اقفال باب الاجتهاد . فهل ثم ضربة وجهت الى الشريعة الإسلامية أكبر من اقفال باب الاجتهاد وتحريم الرأي على المجتهدين من الفقهاء ؟ . كأنما تكفى كلمة فقال بتحريم الاجتهاد وقفل بابه حتى يقفل المجتمع بابه دون التطور ويعيش في عصره على تراث الماضي وتركه الأباد (١) !

وأيا ما كان الأمر ، فقد ظلت الشريعة الإسلامية - باعتبارها المصدر الرسمي الأول للقانون - سائدة في البلاد العربية بوجه عام الى عهد قريب ، ثم ابتداء الوعي يتيقظ في هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والانحلال وأصبح من الحتم مسيطرة روح العصر بما استحدثت من حاجات وضروب نشاط لم تكن معهودة من قبل .

ولم تكن هذه المسيرة لتتأني الا بسلوك أحد طريقين : اما القيام بحركة احياء واسعة للشرعية الإسلامية ، بعد أن قضى على أحكامها بالمجسود والتصور اقفال باب الاجتهاد طوال قرون عدة . واما الاجتهاد الى الغرب

---

(١) - ينظر: أن المعهودة على اقفال باب الاجتهاد قد بلغت أشراها بين المعاصرين من فقهاء الشريعة الإسلامية ( انظر في ذلك بغضه : محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامي ، مدخل لدراسه - نظم المفاهيم فيه - ١٩٥٤ ، فترات ٢٠١ و ٢٠٢ و من ٢٠٤ - ٢٠٦ ) .



لاقتباس ما وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضى حاجات العصر ونزعاته ومطالبه .

وقد سلك أكثر الدول العربية الطريق الثاني تمجيلا بالإصلاح المنشود ، ونكولا عن حمل أعباء الطريق الأول أمام ما تتطلبه حركة إحياء الشريعة الإسلامية من جهود جمة ومصاعب جسيمة . فابتدأت حركة التشريع تنشط فيها وتروج على حساب الشريعة الإسلامية ، حتى تخلفت بهذه الشريعة المرتبة بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاق نطاق إلزامها في الممل ضيقا كبيرا كاد يقتصر على مسائل الأحوال الشخصية أو حتى على بعضها الوثيق الصلة بالشخص كمسائل الزواج والطلاق والنسب .

أما بقية الدول العربية - وهي قليلة نادرة - فإن طروفاها الخاصة لم تشعرها بجمود فقه الشريعة الإسلامية وتخلفه - أمام اقفال باب الاجتهاد - عن روح العصر ومطالبه . لذلك لم تستشعر هذه الدول حاجة ، لا إلى الاقتباس عن قوانين الغرب الحديثة المتطورة ، ولا إلى القيام - استغناء عن هذا الاقتباس - بحركة إحياء شاملة لأحكام الشريعة الإسلامية . ومن هنا ما زالت هذه الشريعة - كما ثبتت عليه أحكامها منذ اقفال باب الاجتهاد - هي المصدر الرسمي الأول للقانون فيها .

### المطلب الثالث

#### الفقه

يقصد بالفقه Doctrine له مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية . وقد تفاوتت نظرة الجماعات إلى الفقه تفاوتا كبيرا . فقد عرفت في القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصدرا رسميا للقواعد القانونية فيها . وانتهى به الأمر في القانون الحديث إلى أن يصبح مجرد مصدر تفسيري ، لا قوة إلزامية لأحكامه وقواعده . فتعرض في إطار دور الفقه في القانون القديم ، ثم لدوره في القانون الحديث .

### ١١٢ - الفقه كمصدر رسمي في القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجساعات القديمة كمصدر رسمي من مصادر الإلزام بالقواعد القانونية . إذ أعطى بعض الفقهاء في القانون الروماني حتى الفتوى الملزمة للقضاء ، ولكن في خصوص القضية المطاة بشأنها الفتوى وحدها . ثم انتهى الأمر في أوائل القرن الخامس الميلادي إلى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة بتعيين على القضاء احترامها والأخذ بها فيما يطرح أمامه من منازعات (١) . وقد اعتمد « جوستينيان » على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية .

وكذلك فقد عظمت منزلة الفقه في الشريعة الإسلامية حتى طغى على القضاء ، فأصبح تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد (٢) . وتقيّد الرأي بالمذاهب الأربعة المشهورة عند السنة : المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي . بل انتهى الأمر إلى التشيع لمذهب بعينه من هذه المذاهب الأربعة ، والزام القضاء بالحكم وفقهه . وما يزال أثر ذلك بارزا في مصر ، حيث يتقيّد القضاء فيها إلى اليوم - في المسائل التي ما تزال محكومة أساسا بالشريعة الإسلامية - بالأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي .

### ١١٣ - الفقه كمصدر تفسيري في القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد في العصر الحديث قوته الملزمة ، فانصدم دوره كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، ولم يعد لآراء فقيه من الفقهاء مهما علا

---

(١) أصدر إمبراطور الدولة الشرقية وإمبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا في سنة ٤٢٦ ميلادية ، نفي بقصر التقيد بالفقه عمل آراء الفقهاء الخمسة المشهورين : « جايوس » و « بول » و « البيين » و « بايثيان » و « مودستيان » ومن نقلوا عنهم من الفقهاء القدامى ، بحيث إذا اختلفت الآراء اعتمد رأى الأغلبية ، وإذا تساوت اعتمد الجاسب الذي يتنازع إليه « بايثيان » ( انظر : هير مدوح صطفي ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - السنة الثانية ، المجلد الرابع ، ص ٦٠٠ و ٦٠١ - ص ٦٠٢ ) .

(٢) أنظر في دور الفقه في الشريعة الإسلامية :

عبد الرزاق السنهوري وحبيبت أوستيت ، المرجع السابق ، خاصة فقرة ١٠٦ .

شأنه ولا آراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها . وبذلك أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده ، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون .

فقد الفقه إذن في القانون الحديث مجرد مصدر تفسيري للقواعد القانونية . وليس ينتقص ذلك من قدره ، فهمته ما تزال عظيمة الأثر والخطر . إذ يوجه القضاء ، كما قلنا ، بتفسيره أحكام القانون . كما يوجه المشرع بتنبيهه الى الفاسد من هذه الاحكام ليرفعه والى الناقص منها ليكمله ، وإن كان يستعين في تبين هذا النقص وذلك الفساد بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات .

وإذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية في القوانين والشرائع الحديثة ، فإن هذا هو حاله كذلك اليوم في القانون المصري من حيث المبدأ<sup>(١)</sup> ، إذ ليس له من دور الا الدور الذي رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به ، وهو الدور التفسيري الذي يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه<sup>(٢)</sup> .

---

(١) ولكن ينبغي مراعاة أن القضاء ما يزال حقيدا - حتى بعد إلغاء المحاكم الشرعية - بالحكم في بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف طبقا لأرجح الأقوال في مذهب الحنفية ( م ١/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التي تحيل على المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ) - وهو ما يمكن أن يعطي الفقه الحق في دور المصدر الرسمي في حدود ما ينطوي عليه من ابتداء في خصوص هذه المسائل .

(٢) ويطلق بذلك في القانون المصري أن المادة الأولى من التقنين المدني الحالي - وهي تصد للمصادر الرسمية للقانون - لم تذكر الفقه من بينها - بل أن المشروع للتمهيد لهذا التقنين كان حريصا على تأكيد الدور التفسيري للفقه بنصه على أن يستلهم القاضي « الأحكام التي أقرها الفقه حريصا كان أو أجنبيا » ، وذلك على أساس اختيار الفقه عناصر من العناصر التي يستأنس بها في استخلاص قواعد القانون وتكملي مفهومها دون أن يكون له قوة في الإلزام ( مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٩ ) - ولكن تقرر حذف هذا النص في مجلسي البرلمان ، إذ الأمر لا يدعو مجرد الاسترشاد ، وفي القواعد الصامدة ما يعني عن حكمه ( للرجع السابق ، ص ١٩٠ و ١٩٢ ) .

## المطلب الرابع

### القضاء (١)

إذا كان اصطلاح « القضاء » (La Jurisprudence) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة في دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم ، أو بمعنى أدق مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها .

وقد تفاوتت حظ القضاء - كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية - تفاوتاً كبيراً بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات . فنعرض بإيجاز لاختلاف النظر اليه في هذا الشأن .

### ١١٤ - القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدراً من مصادر الإلزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل « بريطور » (Préteur) عند ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التي يعتزم السير عليها والزام الناس بها ، ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذي تكون من خلاصة المنشورات القضائية واستمر قائماً حتى عهد الإمبراطورية (٢) .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, Nos. 145 — 149. — Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit privé français au milieu du XIXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert, 1960, t. I, pp. 36-80. — Walline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1960, t. II, pp. 612 - 632.

(٢) انظر في ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 119, p. 301.

عبد الرزاق السنهوري وحشيت أبو صيت ، فقرة ١٠٢ .

### ١١٥ - القضاء في القانون الانجليزي<sup>(١)</sup>

وكذلك فما زال القانون الانجليزي الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر رسمي للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره . فالنظام القانوني الانجليزي يقسم في جزء كبير منه على أساس « السابقة القضائية » (Precedent) (٢) أي على أساس تقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة ، وتقيد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هي نفسها من أحكام ، مما يجعل للحكم القضائي قوة الزام في العمل فيما يطبق أو ينشئ من قاعدة قانونية<sup>(٣)</sup> ، فلا تجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل .

### ١١٦ - القضاء في أغلب القوانين الحديثة

أما في غير القانون الانجليزي وما ينهج نهجه من قوانين المول الأنجلوسكسونية أي في أغلب القوانين الحديثة ومن بينها القانون الفرنسي والقانون المصري . فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيري لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع الى اختلاف وظيفتهما . هو أن القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذي يعطيه للقانون تطبيقا عليا فيما يحكم فيه من قضية ، بينما يظل تفسير

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Mohanna, Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Union comparée, thèse Paris, 1900.

(٢) انظر في ذلك :

Allen, Law in the making, pp. 226-230. — Goodhart, Le précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut International de philosophie du droit, Le problème des sources du droit positif, 1904, pp. 37 et s.

عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبو سميت ، فقرات ١٠٨ - ١١١ و ١١٢ - سليمان حركس ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ - . برهام محمد عطا الله ، قاعدة الزامية السابقة القضائية وانفولها في القانون الانجليزي الحديث ، مجلة الحقوق ، ص ١٥ ، ع ١ ، ص ١٢٧ - ١٨٢ . (٣) انظر في الخلاف حول أساس قاعدة الزامية السابقة القضائية وما يترتب عليه من خلاف حول دور القضاء الانجليزي الكاشف أو الخلاق للقواعد القانونية : برهام عطا الله ، المقالة السابقة ، ص ١٥٠ - ١٥٦ . وانظر فيما ترمي به القول بالدور الخلاق من ابتداء انول قاعدة الزامية السابقة القضائية ، المقالة السابقة ، ص ١٢٢ و ص ١٥٤ وما بعدها .

الفقه نظريا مبسوطا في بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق  
العمل الا ان يأخذ به القضاء طوعا واختيارا اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير  
من حجة وقوة علمية .

### ١١٧ - الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

ونحل هذا الفارق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره  
للقانون قوة في نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا في المنازعات المطروحة  
أمامه ، هو الذي يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء - وبخاصة في القانون  
الفرنسي - من اعتبار القضاء مصدرا من المصادر الرسمية للقواعد  
القانونية (١) .

فالقضاء في نظره ، اذا كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية  
حين يقتصر على التفسير بمعناه الضيق ، أي حين يطبق قاعدة قانونية واضحة  
لا تحتاج الى تأويل ، أو حين يعمد الى قاعدة قانونية غامضة فيزيل ما بها من  
غموض . الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصدرا للزام بالقواعد القانونية  
حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أي حين يضطر أمام عدم وجود قواعد  
قانونية وضعية الى الحكم فيما يطرح أمامه من منازعات لكيلا ينكث عن القضاء  
فيرتكب جريمة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جديدة يعطيها  
قوة الالزام في العمل ، فيعتبر اذن ضمن المصادر الرسمية للقانون (٢) .

(١) في هذا المعنى :

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 283. — Marty et  
Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 119, 120 — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105 - 106.  
Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

محدد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ — عديم القوت ، المميز في الجمهور  
المدنية ، ج ١ ، ط ٤ ، ١٩٦٠ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٨ .

وقارب قيد يراه بعض الفقهاء المصريين من اعتبار القضاء مصدرا لسببه يلزم في القانون  
المصري : عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ ، وضحة ص ١٨٨ .

(٢) يبرر بعض الفقهاء اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على أساس رضا  
المشرع الضمني بسكوته على ما يتبدع القضاء من مبادئ وأحكام ، Waline, article précité,  
pp. 627 et s. ، أو على أساس تقبل ذوي الشأن من الجمهور له منطبق في الفكرة والفقهاء  
ودجال القانون (Maury, article précité, pp. 48 et s.).

انظر في انتقاد هذه التبريرات :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 139, pp. 382, 383.

ويعني على القول - عند هؤلاء الفقهاء - باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة كمحكمة النقض يجعلها القانون رقيقة على أحكام المحاكم ، مما يمكن من توحيد القواعد القانونية التي يخلقها القضاء وبيدتها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه . بحيث يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء المتعددة المتباينة بتباين ما حكمت فيه من أفضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وإرشادها وتحكيمها بين الحلول والأحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه . بحيث يمكن أن يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يمرض أمامه في المستقبل من أفضية متماثلة<sup>(١)</sup> فترتفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الموضوعية لنزاع بعينه إلى مرتبة القواعد العامة المحددة التي تتسع في الحال وفي الاستقبال لطائفة غير متناهية من الأفراد والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح .

#### ١١٨ - القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع أنه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية في نظام قانوني لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة<sup>(٢)</sup> . ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سلطات أخرى غير سلطات القضاء .

(١) أنظر في هذا المعنى صفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 294-296.

(٢) في هذا المعنى :

Bonnet, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113 - 118. — Génys, op. cit., t. II, Nos. 146 - 148. — Ripert, Les forces, créatrices du droit, No. 4, pp. 159 - 161.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١١٥ ، ١٢٠ . — سليمان مرقس ، فقرة ١٧٥ - ضمد على أمام ، فقرات ١٤٢ - ١٤٤ . — محمود جمال الدين زكي ، فقرات ٧١ - ٧٢ .

وأنظر في أفكار اعتبار القضاء مصدرا رسميا حتى في ظل النظام الانجليزي الذي يقوم على أساس السوابق القضائية الملزمة : برهم عطالله ، المقالة السابقة ، حاشي ١٥ ص ١٥٢ .

فضلا عن أنه لكي يعتبر القضاء مصورا رسميا للقانون - حتى في الحدود التي يقول بها بعض الفقهاء ، أي عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية الوضعية يمكن تطبيقها - ينبغي أن تتوفر للحلول التي يخلقها القضاء ويتبعها صفة القواعد القانونية .<sup>١</sup> بمعنى أنه يجب أن تتوفر لهذه الحلول التي تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالتزام من ناحية أخرى . فهل تتوفر حقيقة هاتان الصفتان في قضاء لا يستوى على أساس من السوابق الملزمة ؟

الواقع أن صفة العموم والتجريد مفقودة في الحلول التي ينشئها مثل هذا القضاء ، لأنها محدودة بالخصومات التي صدرت فيها فلا تعداها في غيرها من الخصومات المستقبلية المتماثلة ، فهي إذن حلول خاصة لا ترتفع إلى مرتبة القواعد العامة المجردة (١) .

ولا يظن في ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذي يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لأنه حتى تكون مثل هذا الاتجاه الصام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغي أن يكون اتجاها تلتزم المحاكم جميعا دون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كالمسا عرض نزاع متعلق بموضوعه . وهو ما لا يتحقق دائما ، لأنه لا يوجد قانونا ما يلزم محكمة من المحاكم - في نظام لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة - باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه .

ومجرد قيام حق المحاكم قانونا في مخالفة هذا الاتجاه العام - ولو لم تخالفه فعلا - يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، إذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام إلى طائفة غير متناهية من الأشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية ، وإنما يتوجه فحسب

---

(١) بل إن بعض المشرعين في القانون الحديث يحرص على النص على نفي كل شك قد يعم في هذا الصدد ، منعا لتخليط بين الأحكام القضائية والقواعد القانونية ، وتأكيدا لاختصاص السلطة القضائية في اختصاصها الأصلي وهو تطبيق القانون دون جود على اختصاص السلطة التشريعية في إنشاء القانون والالتزام بقواعده القانونية . ومن هؤلاء المشرع اللبناني ، الذي نص على أنه « لا يجوز ( للمحاكم ) أن تسوغ أحكامها في صيغة الأنظمة » ( م ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية ) .



الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية في اخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا الاتجاه . فتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من أشخاص ، أو شروط ما ينطوي تحتها من روابط .

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثانية اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية ، وهي صفة الالتزام . ففي نظام قانوني ، كالنظام الفرنسي أو المصري ، لا يقوم على السابغة القضائية الملزمة المعترف بها في القانون الانجليزي والقوانين الأخرى التي تنحو نحوه ، يكون من العيب اذن وصف حلول القضاء أو اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية .

والقول بعكس ذلك استنادا الى ان وجود محكمة النقض كقيل بحمل يقية المحاكم على احترام ما تبنته أو تقرر من حلول ، انما هو قول يخلط في الحقيقة بين قوة الالتزام الادبي وقوة الالتزام القانوني لأحكام محكمة النقض . فحضاء محكمة النقض سواء في فرنسا أو مصر لا يتمتع بقوة الزام قانوني لا بالنسبة اليها نفسها ، ولا بالنسبة لما دونها من محاكم (١) : فلا تثريب على محكمة النقض ان هي رجعت عن قضاء سبق أن استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عليه محكمة النقض .

ولئن كان الحاصل في العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراما مبنيته مجرد الزام أدبي أو فعل لا قانوني ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض في نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، وإلى ما لها من سلطة نقض أحكام هذه

---

(١) ومع ذلك ، فينبغ المشرع على حالة يكون لقضاء محكمة النقض فيبسا قوة الزام قانوني . وهي الحالة التي تنقض فيها محكمة النقض - لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص - حكما من الأحكام لخطأ في تطبيق القانون ، وتحيل القضية الى دائرة أخرى في نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المقوض ليحكم فيها من جديد ، فحينئذ تلتزم هذه الدائرة باتباع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصل فيها ( م ٢/٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد ) . ولكن يجب أن يراد أن هذه الحالة ، فإن القضاء الملزم لمحكمة النقض - فيما يمتدع من حلول جديدة - لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح . لأنه قضاء خاص بتزاع معين لا يعمد الى غيره من المنازعات والخصومات المتشابهة الحاضرة أو المستقبلية ، فلا تتوافر له إذن صفة العموم ولا صفة التجريد .

المحاكم اذا لم تطبق القانون التفسيري الصحيح .

فالتأيت اذن انه فى ظل نظام قانونى لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة ، لا يتمتع قضاء محكمة النقض بقوة الزام قانونى (١) تسبغ على الحلول التى يبتدعها - فى مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية - صفة هذه القواعد . ولا يكفى ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبى أو فعل لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانونا للمحاكم الدنيا حق المخالفة عنها ولو على حساب تريض أحكامها للنقض .

### ١١٩ - القضاء مصدر تفسيرى فى القانون المصرى

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدرا للقواعد القانونية قول غير صحيح فى دول كمصر وفرنسا ، لا وجود فيها للسابقة القضائية المتصرف بقوتها الملزمة فى الدول الأنجلوسكسونية . ولذلك لا يعتبر القضاء فيها الا مجرد مصدر تفسيرى فحسب .

وهذا واضح فى القانون المصرى ، حيث تفعل المادة الأولى من التقنين المدنى « القضاء » وحى بسبيل تمديد المصادر الرسمية للقانون . ويزيد فى تأكيد ذلك حذف النص ، الذى كان يتضمنه أصلا المشروع التمهيدى لهذا التقنين ، على أن يستلهم القاضى « الأحكام التى أقرها القضاء .. مصرىا كان أو أجنبىا » - فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعنى الا الرجوع الى أحكام القضاء على سبيل الاستثناس لا الالتزام ، الا انه رؤى أن من الأوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الأحكام واعتبار القضاء بالتالى مصدرا رسمىا للقانون المصرى . وليس فى حذف مثل هذا النص على أى حال ما يضير ، ففى القواعد العامة ما يفنى عن حكمه (١) فى اعتبار القضاء مصدرا تفسيرىا يستأنس به .

وإذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيرى على هذا النحو ، فلا ينفى ذلك أن دوره يبقى فعالا وكبيرا فى الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذى تعرض فيه

---

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية للقانون المدنى ، ج ١ - ص ١٩٢ .

صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الأداة التي تعين على جعل القانون دائما متمشيا مع ما يستجد في الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات .

لذلك تبدو الأهمية البالغة للوقوف على أحكام القضاء ، بحيث تسدو الحاجة ملحة الى وجوب نشر هذه الأحكام في مجموعات دورية لتيسير الاطلاع عليها والرجوع اليها .

وفي القانون المصري ، توجد مجموعات قضائية عديدة رسمية وخاصة على السواء ، نعرض لاهمها فيما يلي :

١ - « المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية » التي كانت تصدرها وزارة العدل منذ سنة ١٩٠٠ . وقد أصبحت هذه المجموعة منذ سنة ١٩٦٣ تصدر عن المكتب الفني بمحكمة النقض ، وتغير عنوانها الى « المجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية » .

٢ - « مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض » والمعروفة باسم مجموعة عمر ، وتتضمن في خمسة أجزاء أحكام الدائرة المدنية وفي سبعة أجزاء أحكام الدائرة الجنائية التي أصدرتها المحكمة منذ انشائها الى نهاية العام القضائي ١٩٤٨ - ١٩٤٩ .

٣ - « مجموعة أحكام النقض » التي يتولى المكتب الفني بمحكمة النقض (١) منذ سنة ١٩٥٠ نشرها في مجموعتين مستقلتين ، احدهما لأحكام الدائرة الجنائية ، والأخرى لأحكام الدائرة المدنية ودائرة الأحوال الشخصية والجمعية العمومية والهيئة العامة .

٤ - « مجلة المحاماة » التي تصدرها نقابة المحامين الوطنية منذ سنة ١٩٢٠ .

---

(١) وقد قام المكتب الفني كذلك بنشر مجموعتين أجدبتين للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ريم القرن الأول من حياتها الى من سنة ١٩٣٦ الى سنة ١٩٥٥ ، الأولى لأحكام المدنية وتقع في جزئين ، والثانية لأحكام الجنائية وتقع في ثلاثة أجزاء .

٥ - « مجلة التشريع والقضاء » التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .

وتنبغي الإشارة الى أنه صدرت أثناء قيام المحاكم المختلطة في مصر ثلاث مجموعات لنشر أحكامها هي : « المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة » و « نشرة التشريع والقضاء المختلط » *Bulletin de législation et de Jurisprudence mixtes* التي كانت تصدر عن نقابة المحامين أمام المحاكم المختلطة مقتصرة على نشر أحكام محكمة الاستئناف المختلطة و « جازيت المحاكم المختلطة » *Gazette des tribunaux mixtes* .

## المبحث الثاني

### المصادر الرسمية للقانون المصري

#### ١٢٠ - تمهيد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام - حتى الآن - المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونية في مختلف الجماعات . وعيننا فيما يل أن نقف على المصادر الرسمية للقانون المصري بوجه خاص .

ولقد انتهينا فيما سبق الى استبعاد الفقه والقضاء من عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية في هذا القانون . فلا يبقى منه اذن - مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية - الا التشريع والعرف والسدين . وقد تفاوت حظ هذه المصادر الثلاثة في اعتماد القانون المصري عليها تفاوتا كبيرا . فقد كانت الشريعة الاسلامية هي السائدة في مصر منذ الفتح الاسلامي باعتبارها الشريعة العامة فكانت اهم مصادر الالتزام بالقواعد القانونية عموما ، الا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات المصوم وملهم المختلفة . وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلامية .

ثم كان أن بدأت حركة التشريع والتقنين الحديثة في مصر منذ اوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون فيها ، وانكشف نطاق الشريعة الاسلامية انكماشاً كبيراً ، حتى كادت تساوى الشرائع والمثل الدينية الأخرى من حيث إحصاؤها في مجرد الالتزام بقواعد الأحوال الشخصية . بل إن هذا النطاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تناول بعض مسائل الأحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين - بل اختلاف أنواعه باختلاف عقائد

المصنوع - مجرد مصدر رسمي للبعض من مسائل الأحوال الشخصية التي ظلت بمنأى عن تدخل التشريع . وبقي للعرف دوره كمصدر رسمي للقانون المصري الى جنب التشريع والدين .

وعند اعداد التقنين المدني الحالي - الذي وضع موضع التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهاء المحاكم المختلطة وتوحيد القانون والقضاء بالنسبة للمصريين والأجانب على السواء - رؤى أن يفرد للشرعة الإسلامية بين مصادر القانون المصري الرسمية - فضلا عن مركزها كمصدر رسمي أصلي في بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين أساسا - مركز خاص في غير مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث يرجع إليها - عند تصور قواعد التشريع والعرف - بالنسبة الى الجميع مسلمين وغير مسلمين .

فصحت الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني الحالي على أنه اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . . . وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية - في غير مسائل الأحوال الشخصية - مصدرا رسميا احتياطيا للقانون المصري تأتي مرتبتها بعد العرف .

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، مضى فأوجب الحكم - عند عدم وجود مبادئ للشريعة الإسلامية - بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . . . وعندنا أن الاحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تخلق من هذه القواعد وتلك المبادئ مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق . فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضي الى جوهر القانون ، أى الى المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له في موضعه الطبيعي عند الكلام في تفسير القاعدة القانونية .

وعلى هذا النحو نستطيع أن نقول أن المصادر الرسمية للقانون المصري هي : أولا ، في غير مسائل الأحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الإسلامية . وثانيا ، في مسائل الأحوال الشخصية : الدين أي الديانات المختلفة في مصر باختلاف عقائد المصريين .

غير أن هذه المصادر الرسمية ليست جميعا في مرتبة واحدة : فبعضها مصادر أصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر ، كالتشريع من ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه أى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية من ناحية أخرى . وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق الا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ، ثم الشريعة الإسلامية .

وعلى هذا النحو ، نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين:

- المطلب الأول - فى المصادر الأصلية .
- المطلب الثانى - فى المصادر الاحتياطية .

## المطلب الأول

### المصادر الرسمية الأصلية

#### ١٢١ - ازدواج المصدر الرسمي للأصل للقانون المصري

قلنا ان المصادر الرسمية الأصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التي تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها - عند التطبيق - قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر .

والمصادر الرسمية الأصلية فى القانون المصرى مصدران : مصدر أصلى عام هو التشريع ، ومصدر أصلى خاص هو الدين . والمقصود من اعتبار التشريع مصدرا أصليا عاما ، الدلالة على ما له من اختصاص عام فى الإلزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاختصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويسم كل المسائل التى يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هى المرجع الأول فى كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء يحتمل بالاحالة فى شأنها ابتداء الى مصدر رسمى آخر . أما اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الأديان المختلفة السائدة فى مصر - باختلاف عقائد المصريين وملهم - هى المرجع الأول فى حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هى بعض مسائل الأحوال الشخصية أساسا .

وقد دعا الى هذا الازدواج فى المصدر الأصلى فى القانون المصرى ، ما ثبت فى مصر من تقاليد منذ الفتح الإسلامى من اعتبار مسائل الأحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم - فى مسائل الأحوال الشخصية - لأحكام دينه وملته ، وي طرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضائه الدينى أو المللى . فكان من العسير - ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخة فى النفوس - توحيد القواعد القانونية فى كل مسائل الأحوال الشخصية عن طريق التشريع .



وظاهرة ازدواج المصدر الأصل للقانون المصري<sup>(١)</sup> ، هي التي تحدد لنا نهج البحث في شأنه . ولذلك نتكلم أولا في التشريع بوصفه المصدر الأصل العام ، ثم في الدين بوصفه المصدر الأصل الخاص .

## الوجه الأول

### التشريع

#### المصدر الأصل العام

#### ١٢٢ - تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا إلى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية إلى الوجود ، فكان حظ التشريع إلى جنبه ضئيلا في الجماعات القديمة . غير أن الوضع قد انقلب في العصر الحديث فأصبح التشريع - في أغلب الجماعات اليوم - هي المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية . ومرد ذلك إلى تعدد ضروب النشاط في الجماعات الحديثة وتضخم حاجاتها وتمقدها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الأمر معه - نظرا إلى وفرة القواعد القانونية الواجب فرضها - إلى سرعة سنّها من ناحية ، وإلى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ، وهو ما لا يتوافر إلا للتشريع الذي تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة في سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله ويصر بأهدافه وغاياته ، فضلا عن أن رواج المذاهب الاجتماعية والاشتراكية في العصر الحديث

---

(١) سنرى من بعد أن هذا الازدواج صيب ، إذ يقضى على ما يجب أن يقوم بين الوطنيين جميعا من وحدة في القانون ووحدة في الهيئة القضائية . لكننا سنرى أن المشرع المصري قد ابتدأ أخيرا السير في طريق هذه الوحدة بتوجيه الاختصاص القضائي في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الجميع دون تفريق بين الأديان ، وتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة إلى الجميع في شأن بعض مسائل الأحوال الشخصية المحدودة . مما يبشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تعدد قواعد القانون وتفرق جهات القضاء بين المصريين بمعددياناتهم وتفرق حلقهم .

وهي التي تقوم على أساس من تدخل الدولة ت دخلا مباشرا في كل مظاهر النشاط في الحياة الاجتماعية قد مكن للتشريع في الأهمية ، فهو أداة الدولة ووسيلتها الى التدخل المنشود .

وقد احتل التشريع في القانون المصري المرتبة الأولى بين مصادره منذ صدور التقنينات المصرية المختلفة - المختلطة منها والأهلية - في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، بحيث أصبح هو المصدر الرسمي الأصل العام له ، أي صارت كل المسائل عامة - إلا ما استثنى - خاضعة أصلا وابتداء لنصومه .

#### ١ - خصائص التشريع

##### ١٢٣ - تمهيد

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية والتكليف بها في صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الإلزام في العمل . ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التي تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر في وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة في الدولة .

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا في صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة . فنتكلم في كل هذه الخصائص على التوالي .

##### ١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة . ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها . لأن مثل هذا الأمر - وإن صدر عن سلطة عامة مختصة بمصادره

— لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، إذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الافراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة . فالتشريع إذن — وهو تعبير عن القاعدة القانونية والزام بها — ينبغي أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التي سبق بيانها .

ومن هنا ، تفهم التفرقة التي يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلى وبين التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى (١) . فالحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصح وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التى تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورهما عن السلطة التشريعية . وواضح أن اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنييه الشكلى والموضوعى معا . وعلى ذلك ، فاذا كانت كثير من الدساتير — كالدساتير المصرية المتعاقبة — تقضى بأنه لا يجوز عقد قرض عمومى الا بموجب قانون ، ولا منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود ، فإن القانون أو التشريع الصادر بمقتضى القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعى لتخلف صفة العموم والتجريد فهى من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية ، وإن كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلى 'صدوره عن السلطة التشريعية العادية' (٢) . وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر فى صورة قانون أو تشريع ، فإن هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية (٣) .

(١) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 196 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78 — Del Vecchio, op. cit., pp. 397, 398.

(٢) انظر :

Marty et Raynaud, ibid.

(٣) قارن مع ذلك :

Del Vecchio, op. cit., p. 398.

### ١٢٥ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجود في صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التي يتضمنها - عن طريق الالفاظ التي تفرغ فيها افراغا كتابيا - التحديد والثبيت اللذان يدفعان عنها الضموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسايرة التطور في الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها (١) .

وايا ما كان الأمر ، فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة (٢) ، يفرق - من هذه الناحية - بينه وبين العرف الذي لا يفرغ في لفظ مكتوب أو وثيقة مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة . مع الاعتقاد في الزام هذه السنة .

ولعل وضع التشريع - دون العرف - في صيغة مكتوبة ، يجعل للأول حظا أوفر من الدقة والتحديد والوضوح بما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات ، وان كان يجعل للثاني حظا أوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها .

### ١٢٦ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التي تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هي قاعدة تتولى وضعها والالزام بها سلطة عامة مختصة في الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها . وبذلك يبدو - في التشريع - دور الارادة واضحا جليا في تكوين القاعدة القانونية من حيث الشكل .

---

(١) وهنا تبدو أهمية الصياغة المرونة ودورها الكبير في تلافي مثل هذا الجمود كما سبق القول .

(٢) المقصود أن تكون الوثيقة المكتوبة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ، لذلك كثر اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض القضاة بتجميع قواعد العرف في كتاب ، إذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التي نشأت وتكونت في الجماعة في صورة عملية غير مكتوبة .

وتولى سلطة عامة مختصة فى الدولة وضع القواعد القانونية والالزام بها ، صار فى العصر الحديث - بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه فى القديم وتمقت حاجاتها ومطالبها - أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه هذه الجماعات من سرعة فى الانتاج القانونى ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره .  
للتطبيق العملى فى تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن فى المعاملات .  
فلم يعد فى الامكان - كما كانت تفعل الجماعات القديمة - الركون الى العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويقدم ، وحتى تثبت لدى الأفراد العقيدة .  
فى الزامه .

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة فى الانتاج ، فإن هذه السرعة - ان لم تصاحبها العناية الواجبة - قد تنجم عنها مضار جمة . فقد يطلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة فى الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج التشريع ميبيا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات ، وهو ما يضطر المشرع الى الاسراع فى تعديله ، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا ..  
حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزمانى بين هذه التشريعات المتلاحقة .

وفضلا عن ذلك فإن انتشار المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى اليوم هو الذى ركز - بما يستتبع من تدخل الدولة فى كل شئون الحياة والنشاط فى الجماعة تدخل متزايدا - حق وضع القواعد القانونية والالزام بها بين يدى الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقا للصالح والعدل العام .

## ٢ - سن التشريع

### ١٢٧ - تمهيد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع فى الدولة أمر يتفاوت تفاوتاً كبيراً باختلاف الدول والدساتير . فهى حينما فى يد ملك أو حاكم مطلق .  
وهى غالبا - فى الدول الحديثة اليوم والديمقراطية منها على الأخص - فى يد

مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهما رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، وقد تغطي السلطة التنفيذية - الى جوار المجالس النيابية - حق التشريع في مسائل معينة .

والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة أمر يخضع لظاهرة تحكم التشريع هي ظاهرة تدرجه ، إذ يقابل هذا التدرج في التشريع تدرج في السلطات التي تملك سنه ، فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، أعلاها هو التشريع الأساسي أو الدستور ، وأوسطها هو التشريع العادي أو ما يسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسي ، وأدناها هو التشريع الفرعي . فناخذ الآن في بيان كل درجة من هذه الدرجات الثلاث ، حتى نقف على السلطة المختصة بمن كل منها .

#### ١٢٨ - التشريع الأساسي

يقصد بالتشريع الأساسي التشريع الذي يضع أساس بناء الدولة أو يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم في الدولة ، وتعدد السلطة العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالأفراد .

والتشريع الأساسي إما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان في الدولة ، وإما أن يصدر في صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ، وإما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، وإما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء . وواضح أن الصورتين الأخيرتين التي يسن عن طريقهما التشريع الأساسي تستجيبان للمبدأ الديمقراطي ولاعتبار الأمة أو الشعب مصدر السلطات ، على خلاف الصورتين الأولىين (١) .

---

(١) اختلفت طريقة سن الدساتير المصرية المتتالية : فالراجع في الفقه الدستوري المصري أن دستور سنة ١٩٢٣ كان منحة من الملك الى الشعب ( انظر خاصة : وجيه دانت ووايت ابراهيم ، القانون الدستوري ، ١٩٣٧ ، ص ١٦ - عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ١٩٤٢ ، ص ٦٧ - محسن خليل ، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٥٩/١٩٦٠ ، ص ١١١ - وقريب : مصطفى أبو زيد فهمي ، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، فقرات ٨٥ و ٨٦ ) . أما دستور سنة ١٩٥٦ ، فقد أعدت مشروعه =

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا الاعتبار وذلك المبدأ بوسيلة مباشرة ، فإننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث ينفس المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحقيقه فى الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المخروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو ما لا يترك فرصة حقيقية للاختيار ، اذ قد يضطر الشعب الى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه - حكما استثنائيا دون دستور • ولا بأس على أى حال - بل قد يكون أفضل - سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية ، على أن يعرض من بعد للاستفتاء الشعبى •

ويراعى أن التشريع الأساسى أو الدستور ، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو الفائها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو إلغاء القوانين العادية ، واما أن يكون دستورا جامدا لا يتأتى تعديله أو إلغاؤه عن هذا الطريق بل يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة • وواضح أن الدساتير الجامدة - على خلاف الدساتير المرنة - تعين على توفير ما يجب للتشريع الأساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغيير والتبديل فى أحكامه ، والدساتير الدائمة المصرية المتعاقبة من الدساتير الجامدة ، اذ تتطلب اجراءات طويلة وشروطا عسيرة لا يمكن تعديلها •

## ١٢٩ - التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى - وهو ما يسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى

---

= الحكومة ومقرحه للاستفتاء ، فنال الموافقة الشعبية • لما دستور ١٩٦٤ . فكان مفرد دستور مؤقت صدر عن رئيس الجمهورية للعمل به الى حين اقرار دستور دائم • وقد سن الدستور الجديدة لسنة ١٩٧١ بعد اقرار مجلس الأمة المبدئى الاساسية لشرعوه وموافقة اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكى على مواده ومقرحه للاستفتاء يوم ١١ سبتمبر ١٩٧١ حيث نال الموافقة الشعبية •

... التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبنى فى الدستور . ويطلق على هذا النوع من التشريع فى العمل اسم « القانون » *La Loi* . وغنى عن البيان ، أن اصطلاح « القانون » هنا بمعناه الخاص كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية ، يختلف عن اصطلاح « القانون » بمعناه العام *Le Droit* كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك من قبل (١) .

والأصل أن سن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت الدساتير تنص عادة على إشراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة أو مراقبته إياها ، أما عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين أو من حق التصديق أو الاعتراض (٢) على ما تسنه السلطة التشريعية منها . وتنتهج الدساتير المصرية المتعاقبة هذا النهج من الإشراك ، بما تعطيه لرئيس الدولة من حق اقتراح القوانين وحق الاعتراض عليها .

فحق اقتراح القوانين ثابت لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب (٣) . وتحال مشروعات القوانين المقترحة من الحكومة مباشرة الى لجان المجلس المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها . بينما تحال مشروعات القوانين المقترحة من أعضاء المجلس الى لجنة أولية لفحصها وإبداء الراى فى صلاحيتها لجواز نظر المجلس فيها ، فإذا رأى المجلس نظرها أحالها - كمشروعات الحكومة - الى اللجان المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها (٤) .

ثم يطرح مشروع القانون بعد ذلك على المجلس لمناقشته ، والتصويت

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ١ .

(٢) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من عدم اعتبار حق الاقتراح وحق الاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية : السيد صبرى ، مبادئ القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٩ ، ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٤٢ ، ٣٥٥ . - مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، فقرات ٦٦٦ و ٦٧٨ ، ص ٥٨١ و ٥٨٢ .

(٣) م ٦٠٩ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

(٤) ويجعل دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة ١٩٧١ كذلك حق اقتراح القوانين الاتحادية لمجلس رئاسة الاتحاد ولأعضاء مجلس الأمة الاتحادى (م ٢٥) .

(٥) م ١١٠ من الدستور الجديد .



عليه مادة فمادة • ولا تتم الموافقة عليه - في غير الحالات التي تشترط فيها،  
أغلبية خاصة - إلا بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء أى أكثر من  
النصف ، وإذا تساوت الآراء يعتبر المشروع مرفوضاً (١) •

والأصل أن موافقة المجلس تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع •  
ولكن الدساتير المصرية المتعاقبة تغطي رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية الحق  
فى الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين • وهذا الحق ثابت لرئيس  
الجمهورية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه الموافقة على  
مشروع القانون • فإذا فات هذا الميعاد دون اعتراض ، سقط حق رئيس  
الجمهورية فيه واعتبر المشروع قانوناً يجب عليه إصداره (٢) • وإذا تم  
الاعتراض ، فيشترط للموافقة على مشروع القانون من جديد أغلبية أكبر من  
أثرة الأولى هى أغلبية ثلثى مجموع أعضاء المجلس ( الحاضرين والغائبين على  
أسواء ) • فإذا توافرت الأغلبية المطلوبة ، يجب على رئيس الجمهورية إصدار  
القانون (٣) •

فكان عملية الاعتراض تنتهى إذن الى مجرد إيقاف القانون الذى أقره  
المجلس النيابى الى حين إقراره إياه من جديد بأغلبية أكبر (٤) • وهى بذلك  
تعتبر وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للضغط على السلطة التشريعية بما يحقق.

(١) م ١٠٧ من الدستور الجديد •

(٢) م ١/١١٣ من الدستور الجديد •

(٣) م ٢/١١٣ من الدستور الجديد •

(٤) بذلك يبدو الفارق بين « التصديق » و « الاعتراض » • فالصديق إجراء لا يتم  
القانون إلا به • بحيث إذا تخلف فلا يظهر القانون الى الوجود ، إذ لا تكون موافقة المجلس  
النيابى عليه قيمة دون اقتران بالتصديق • أما الاعتراض إذا تم ، فليس من شأنه إلا مجرد  
إيقاف إصدار القانون وإعادة المناقشة فيه والتصويت عليه فى المجلس من جديد ، بحيث يملك  
المجلس فى النهاية فرض رأيه بالقرار القانون ثانية وإجبار رئيس الجمهورية بالتسالى على  
إصداره • ولذلك إذا لم يتم الاعتراض أصلاً بحيث متى ميّاه ، فيجب على رئيس الجمهورية  
إصدار القانون • لعدم التصديق إذن منع نهائى من إصدار القانون • أما الاعتراض فمجرد إيقاف  
مؤقت للإصدار يمكن للمجلس إزالته بالموافقة على القانون من جديد ( واجب فى التفرقة بين  
التصديق والإعتراض : حسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩-٢١١ - مصطفى أبو زيد فهمى ،  
المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ ، ص ٤٧٩ ) •

التوازن المرغوب بين السلطتين (١) . ولكن يبقى للسلطة التشريعية على أي حال الكلمة الأخيرة إذا حشمت للموافقة على القانون من جديد الأغلبية الأكبر المطلوبة ، فيعتبر حينئذ - رغم الاعتراض - قانونا واجب الإصدار والنشر .

### **حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي في أحوال استثنائية :**

إذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تقوم بسن التشريع العادي ، فاستثناء من ذلك محل السلطة التنفيذية في كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية في سنه في حالتين : حالة الضرورة ، وحالة التفويض .

(٢) **تشريع الضرورة :** لا شك في أن قيام حالة من حالات الضرورة التي تستدعي الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الأداة التشريعية نظرا لحل المجلس النيابي أو تخلفها نظرا لمطلته فيما بين دورين من أدوار انعقاده ، يبرر الخروج على الأصل من استئثار السلطة التشريعية - أي المجلس النيابي - بسن القوانين أو التشريعات العادية ، وتخويل السلطة التنفيذية الحق في الحلول محلها مؤقتا في هذا الاختصاص عن طريق سن قرارات تكون لها قوة القانون أي قوة التشريع العادي .

وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة هذا الحق للسلطة التنفيذية (٣) بقبول معينة . وأهم هذه القيود وجود حالة من حالات الضرورة التي توجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، ووجوب الإسراع في تحديد مصير تشريعات الضرورة بعرضها على المجلس النيابي خلال مدة قصيرة ، ولا فقدت ما لها من صفة قانونية . وتطبيقا لذلك ، أوجب الدستور المصري الجسديد لسنة ١٩٧١ عرض تشريعات الضرورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر

---

(١) انظر : أسيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ - عبد الحيد متون ، الوسيط في القانون الدستوري ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ .

(٢) م ٤١ من دستور ١٩٢٣ و م ١٢٥ من دستور ١٩٥٦ و م ١١٩ من دستور ١٩٦٤ و م ١٤٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

يوما من تاريخ اصدارها اذا كان المجلس قائما او في اول اجتماع للمجلس في حالة حله او وقف جلساته ، ورتب جزاء خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو ، او على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون زوالا رجسيا . ولا يتوقف هذا الزوال الرجسي على صدور قرار بذلك في حالة عدم العرض . اما في حالة العرض فلا يتحقق هذا الزوال الرجسي الا بعدم القرار المجلس هذه التشريعات ، ولكن احتياطا لما قد يترتب على مثل هذا الزوال الرجسي من اضطراب وعدم استقرار ، أعطى الدستور الجديد لمجلس الشعب - في حالة عدم الاقرار أو الرفض - الحق في قصر هذا الزوال على المستقبل دون سحبه على الماضي باعتناء نفاذ هذه التشريعات في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر ( ٢/١٤٧ ) ( ١ ) . ولكن اذا لم يقر مجلس الشعب هذا الاعتماد أو هذه التسوية ، فيظل لزوال تشريع الضرورة المفروض أثره الرجسي .

وينبغي أن يكون مفهوما أن تشريعات الضرورة التي تسنها السلطة التنفيذية في الحدود المتقدمة يجب أن لا تكون مخالفة لأحكام الدستور ، رغم أن كلا من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ودستور سنة ١٩٥٦ ودستور سنة ١٩٦٤ - على خلاف دستور سنة ١٩٢٣ - قد أغفل تأكيد ذلك . اذا ما دامت السلطة التشريعية - وهي السلطة الأصلية - لا تملك مخالفة الدستور كما سنرى فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطة التنفيذية - وهي سلطة بديلة طارئة - مثل هذه المخالفة فيما تسنه مواجهة لأحوال

---

( ١ ) وهذا الحكم موافق للحكم الذي كان مقررا في دستور سنة ١٩٥٦ ( م ١٣٥ ) . أما في دستور سنة ١٩٢٣ ، فكان من التفتق عليه أن زوال تشريعات الضرورة ليس له أثر رجسي ، سواء في حالة عدم العرض أو في حالة الرفض ( السيد صبري ، المراجع السابق ، ص ٤٨٨ . عبد الحيد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣ ) . أما الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ ، فكان يجعل هذا الزوال رجسيا في حالة عدم العرض ، بينما كان يقصر الزوال على المستقبل في حالة الرفض يجعل أثره متوقفا من تاريخ الرفض فحسب ( م ١١٩ ) .

أما دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة ١٩٧١ الذي يعطي مجلس رئاسة الاتحاد حق سن تشريعات الضرورة الاتحادية فقد جعل زوال هذه التشريعات من تاريخ انعقاد مجلس الأمة للاتحاد في حالة عدم العرض . أما اذا تم عرضها ورفضت فيتحقق الزوال من تاريخ الرفض .

الضرورة من قرارات لها قوة القوانين<sup>(١)</sup> .

(٢) **تشريع التفويض** : قد تحمل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وبناء على تفويض منها في سن قرارات لها قوة القانون في المسائل المحددة في التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك النزول عن اختصاصها ، إلا أن الرغبة في توفير الدقة أو السرعة أو السرية لبعض تشريعات قد تبرر - لمدة معينة - تفويض السلطة التنفيذية في سنّها بتشريعات تكون لها قوة القانون ، وذلك رغم وجود السلطة التشريعية وعدم غيابها ، سواء مع تطلب عرضها على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها وإجازتها<sup>(٢)</sup> أو مع عدم تطلب ذلك .

ولم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان في مصر بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ في إصدار مراسيم لها قوة القانون في شأن تعديل التعريفات الجمركية وفي شأن فرض وتعديل رسم الانتاج على حاصلات الأرض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه .

وقد قطع كل من دستور سنة ١٩٥٦ ( م ١٣٦ ) ودستور سنة ١٩٦٤ ( م ١٠ ) والدستور الحالي لسنة ١٩٧١ ( م ١٠٨ ) كل شسك حول امكان التفويض ، إذ تنص المادة ١٠٨ من الدستور الحالي على أن : لرئيس الجمهورية ، عند الضرورة في الأحوال الاستثنائية ، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول

(١) قرب من ذلك :

عنان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٣ .

(٢) في هذا الصدد :

عبد السيد مخلوف ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون » .

ويضع هذا النص من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لمبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محددة ومن وجود أحوال استثنائية مبررة ، وهو يتفق في ذلك مع النصوص السابقة في دستوري ١٩٥٦ و ١٩٦٤ . ويتشدد الدستور الحالي في شأن التفويض . زيادة على النصوص السابقة : فيطلب ، من ناحية ، أن يكون منح التفويض بأغلبية كبيرة وعسيرة وهي أغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب الحاضرين والغائبين على السواء - ويوجب ، من ناحية ثانية ، إخضاع تشريعات التفويض من بعد موافقة مجلس الشعب<sup>(١)</sup> تأكيداً لما ينبثق من إبقاء الزمام النهائي للتشريع بيد السلطة الأصلية وهي السلطة التشريعية ترأب السلطة التنفيذية النائبة فيما وكلتها وفوضتها من شئونه .

وقد صدر في ظل دستور سنة ١٩٦٤ تفويض من مجلس الأمة لرئيس الجمهورية ، خلال الظروف الاستثنائية القائمة ، في إصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية<sup>(٢)</sup> .

### ١٣٠ - التشريع الفرعي

يقصد بالتشريع الفرعي التشريع الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور ، باعتبار صفتها هذه ، لا باعتبارها حالة محل السلطة التشريعية حلولاً مؤقتاً ، بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرعي اختصاص أصلي يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية ، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هي الحال في تشريع الضرورة ، ولا على تفويض منها كما هي الحال في تشريع التفويض .

---

(١) يوجب النص عرض هذه التشريعات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض . وإذا كان هذا الحكم يتفق مع أحوال التفويض الموعود لمدة قصيرة جداً ، فهو غير مناسب حينما تطول المدة المخصصة للتفويض نسبياً .

(٢) انظر في عدم توافق هذا التفويض على ما تشترطه المادة ١٢٠ من ذلك الدستور : برهان محمد علي الله ، أساسيات القانون التونسي ، ١٩٦٨ ، مجلس دار ص ٥٤ - ٥٥ .

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « اللائحة » *Le règlement* ،  
تميزا له عن التشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية والمعروف باسم  
« القانون » *La loi* .

واللوائح اما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة  
عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « النوائح التنفيذية » ، واما أن يقصد بهـ  
تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، واما أن  
يقصد بها حفظ الأمن والصحة العامة فتعرف باسم « لوائح البوليس » أو  
« نوائح الضبط » . ونعرض بإيجاز لكل منها فيما يلى :

(١) **اللوائح التنفيذية** : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من قواعد  
تشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية .  
واختصاص السلطة التنفيذية باصدار مثل هذه اللوائح أمر طبيعى ومنطقى .  
لأنها - وهى السلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين - تكون أقدر من السلطة  
التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقا لضرورات العمل ، فسادا  
عما فى ذلك من تخليص القوانين من كثير من التفاصيل ومن التخفيف بالتالى  
من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة .

ويعطى الدستور المصرى رئيس الجمهورية الحق فى سن هذه اللوائح<sup>(١)</sup> ،  
بل ويحولها حق تفويض غيره فى سنها . ويحيز كذلك أن تعين القوانين  
الصادرة عن السلطة التشريعية من يتولى سن القرارات أو اللوائح اللازمة  
لتنفيذها ( م ١٤٤ من الدستور الحالى لسنة ١٩٧١ ) ، وغالبا ما يكون هو  
الوزير المختص .

وطالما أن اللوائح التنفيذية مجرد تنفيذ للقوانين ، فينبغى أن تلتزم  
بحدود هذا الغرض ، بحيث لا تملك إلغاء أو تعديل أو تعطيل أحكام هذه  
القوانين أو الإعفاء منها ، والدستور الحالى صريح فى تأكيد ذلك<sup>(٢)</sup> .

(١) وكذلك يعطى دستور اتحاد الجمهوريات العربيه المجلس ثلاثة ائتلاف حق سن اللوائح  
اللازمة لتنفيذ القوانين الاقتصادية ( م ٢٠٠-٢٠١ ) .

(٢) وكذلك كان دستور ١٩٢٣ صريحا فى هذا التأكيد ( م ٢٧ ) ، أما الدساتير الأخرى -

(٢) **اللوائح التنفيذية :** هي في الأصل ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة ، بصفتها مهيمنة على إدارة هذه المصالح والمرافق . وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها السلطة التنفيذية الحق في سن هذه اللوائح (١) . وقد ناز الحلاف طويلا في ظل الدساتير المصرية السابقة - التي كانت تستعمل اصطلاح « ترتيب المصالح العامة » - حول مدى حق السلطة التنفيذية في انشاء المصالح العامة عن طريق اللوائح التنظيمية . وقد حسم أخيرا الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ هذا الخلاف بالنص صراحة على اعطاء السلطة التنفيذية هذا الحق بقوله « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة » (م ١٤٦) . ولكن اذا كان من حق رئيس الجمهورية سن هذه اللوائح ، فيبدو أنه حق مقصور عليه وحده ذاتيا ، فلا يملك تفويض غيره في سنها . اذ يفقل النص - على خلاف النص انوارد في شأن اللوائح التنفيذية - الاشارة الى امكان التفويض في سن اللوائح التنظيمية .

(٣) **لوائح الضبط او لوائح البوليس :** يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام ، أي لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، ولوائح مراقبة الاغذية والباعة الجائلين .

ولم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتضمن أى نص يخول السلطة التنفيذية حق سن هذه اللوائح . ولكنها جرت دائما على سنها واصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور . مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس أساس دستوري لها مما جرى عليه العمل

---

الصادرة فيما بين هذين الدستورين فلم تكن صرح بذلك . ولكن نص الحكم كان مستعصا دوس من الغرض المقصود من اللوائح التنفيذية ( كتابنا سالف الذكر ، ص ٢٩٣ ) .

(١) وكذلك يعطى دستور اتحاد الجمهوريات العربية لمجلس رئاسة الاتحاد حق سن اللوائح اللازمة لتنظيم المؤسسات والمرافق التي يشرف عليها الاتحاد ( م ٢٠ ) .

( م ١٦ - المخل الى القانون )

والقول بوجود عرف بذلك ، فضلا عن أن قيام السلطة التنفيذية بسن هذه اللوائح هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل الضبط من دقة وتشعب وسرعة تنظيم (١) . غير أن خطر هذه اللوائح على حريات الأفراد وعدم استنادها الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها رغم ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص » على قانون ، أو على لائحة تستند الى قانون ، كان يجعل على التردد في الاعتراف للسلطة التنفيذية بهذا الحق دون نص على ذلك في الدستور (٢) .

لذلك أحسن المشرع الدستوري المصري من بعد بنص صراحة على حق السلطة التنفيذية في سن هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط » ( م ١٤٥ من الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ ) (٣) . وبذلك ينقطع الشك والخلاف الآن حول شرعية هذه اللوائح وأساسها الدستوري . وقد كان كل من دستور ١٩٥٦ و ١٩٦٤ يخول رئيس الجمهورية حق تفويض غيره في سن هذه اللوائح . ولكن الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ أسقط الإشارة الى ذلك ، مما يوجب القول بأن سن هذه اللوائح قد أصبح حقا ذاتيا مقصورا على رئيس الجمهورية بحيث لا يملك الآن تفويض غيره في سنها .

### ٣ - نظام التشريع

#### ١٣١ - تمهيد

إذا تم سن التشريع - أي كانت درجته - من السلطة المختصة بسنه ، فإنه يوجد قانونا . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعني دخوله مرحلة التنفيذ بعد . إذ ينبغي لذلك تسجيل هذا الوجود القانوني والامر بتنفيذ التشريع ممن يملك الأمر بالتنفيذ أي من السلطة التنفيذية عن طريق الإصدار Promulgation ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر . Publication

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ .

(٢) في هذا المعنى :

كتابنا أصول القانون ، ص ٢٩٤ - محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ و ٣٤٥ .

(٣) م ١/١٢٨ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٢٢ من دستور ١٩٦٤ .



### ١٣٢ اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ<sup>(١)</sup> بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سنداً لتنفيذه .

ويدهى أنه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع - كما هي الحال في التشريع الاساسى حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق ، وفي تشريع الضرورة أو تشريع التفويض ، وفي التشريع الفرعى خاصة - يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لأن السلطة التى تسن التشريع هنا هي نفسها التى تضعه موضع التنفيذ .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التى تضعه موضع التنفيذ فيحتاج الأمر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الأولى ، كما هي الحال في التشريع العادى الذى تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الاساسى الذى يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء أو تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . ذلك أن وضع التشريع الذى تم سنه في مثل هذه الحالات موضع التنفيذ يقتضى تسجيل وجوده القانونى وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ، ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة في شخص رئيسها ، لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها فلا تملك عليهم سلطة أخرى أيا كانت - كالجمعية التأسيسية أو السلطة التشريعية - حق الأمر والتكليف .

فالاصدار اذن في حالة التشريع الاساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه الشعب ، يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليه أو تصويت أغلبية الشعب له في الاستفتاء ، والأمر بتنفيذه باعتباره التشريع الاساسى للدولة . والاصدار في حالة التشريع العادى يتضمن تسجيل موافقة المجلس النيابى عليه ، والأمر بتنفيذه كقانون من

---

(١) ولذلك يعتبر اصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعا ، إذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ ( في هذا المعنى : هنان خليل ، النظم الدستورية المصرية ، ص ١٧٥ - حوكانت السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ - ٣٦٤ ) .

قوانين الدولة - وحصول اصدار القانون قبل قوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض ، يفيد نزول رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق .

ومن الأفضل النص في الدستور على تحديد مدة معينة يجب على رئيس الجمهورية خلالها اصدار القوانين التي يسنها المجلس النيابي حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها - ومع ذلك ، لا تتضمن الدساتير المصرية المتعاقبة أى نص من هذا القبيل ، مما يبرر انتقادها .

### ١٣٣ - نشر التشريع

إذا كان اصدار التشريع لازما لتسجيل منه والأمر بتنفيذه الى رجاء السلطة التنفيذية ، فإبلاغ مضمونه الى الكافة وحمله الى علمهم أو إتاحة فرصة إلعلم به لهم لازم كذلك ، إذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من اعلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليها . ذلك أنه لا تكليف الا بعلوم ، والتشريع لا يكون معلوما للمكلفين به الا بإشهاره بينهم وإذاعته فيهم . والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لإشهار التشريع وإذاعته هي نشر فصوصه في الجريدة الرسمية للدولة (١) . والنشر في الجريدة الرسمية يوجب لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه ، أيا كانت درجة التشريع أساسيا أو عاديا (٢) أو فرعيا (٣) .

ولا يغني في الأصل عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الإشهار أو الإذاعة أو الاعلان ، رغم أن بعض هذه الوسائل قد

---

(١) نشر التشريعات في جمهورية مصر العربية في جريدتين رسميتين مستقلتين : « الجريدة الرسمية » ونشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن بوابه ، و « الوقائع المصرية » ونشر القرارات الوزارية ( كما نشر الإعلانات الحكومية والقضائية ) . وقد نص دستور اتحاد الجمهوريات العربية على أن ينشئ مجلس رئاسة الاتحاد جريدة رسمية اتحادية تنشر فيها القوانين والقرارات واللوائح الاتحادية ( م ٦٦ ) .

(٢) م ١٥٨ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

(٣) انظر م ١/٢٤ من القرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الدولة ، وانظر كذلك نفي ١٧ مايو ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النفي ، ص ٧ ، ج ٣ رقم ٨٢ ص ٦٠٧ ، حيث يذكر الحكم أن « القرار التشريعي يستلزم بطبيعته النشر في الجريدة الرسمية لإعالم به الكافة وليكون له حكم القانون الذي يصدر تنفيذا له وأعمالا لأحكامه » .

يكون أجدي مفعولا من النشر في الجريدة الرسمية في سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه . فلاكتفاء إذن - في نشر التشريع - بإذاعته في الراديو أو تطبيق صور منه في أماكن بارزة على الحوائط في الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر نشرًا قانونيًا بالمعنى الصحيح . ومن هنا ، لا يعتبر مثل هذا النشر كافيًا لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه . وكذلك لا يفي في الأصل ، عن حصول نشر التشريع في الجريدة الرسمية ، ثبوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمه علما يقينيا به (١) .

وإذا كان المقصود من نشر التشريع في الجريدة الرسمية للدولة حمله الى علم المخاطبين به ، فيقتضى ذلك أن تطبع الجريدة الرسمية بأعداد كافية نسبيًا وأن توضع هذه الأعداد موضع التوزيع الفعلي لمن يطلبها من الجمهور .

وإذا كان الأصل هو وجوب نشر التشريع في الجريدة الرسمية ، فمن الأفضل تحديد مهلة للسلطة التنفيذية لأجراء هذا النشر ، حتى لا تتكاثف فيه بقصد تأخير تنفيذ التشريع . وقد أحسن الدستور المصري بإيجاب نشر القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ( م ١٨٨ من الدستور الحالي لسنة ١٩٧١ ) (٢) . ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم في نشر القوانين عن طريق تأخير إصدارها ما دام الدستور لا يقيد بها بوعده معين في القيام بهذا الإصدار كما سبق البيان .

وإذا تم النشر في الجريدة الرسمية فالغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور هذا النشر بل يبدأ نفاذه بضي وقت معلوم من حصول النشر ، أفساحا لشيوخ العلم بأحكامه . وقد نص الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ ، في شأن القوانين أي التشريعات العادية ، على أن « ... يعمل بها بعد شهر من اليوم

---

(١) انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٣ يناير ١٩٥٠ ( مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ١٤٧ ) .

(٢) انظر كذلك م ١٨٧ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٦٤ من دستور ١٩٦٤ .

التالى لتاريخ نشرها ، الا اذا حددت لذلك ميعادا آخر ، ( م ١٨٨ ) (١) .  
فحيث تدعو الضرورة الى الاسراع فى تنفيذ القانون ، يمكن النص فيه على  
نفاذه قبل الميعاد الدستورى بل وحتى من تاريخ النشر . وحيث تدعو الحاجة  
الى التراخى بتنفيذه الى ما بعد الميعاد الدستورى ، يمكن النص فيه على  
التأخير المتأخر الذى يبدأ منه نفاذه . أما اذا لم يعد القانون موعدا آخر  
سابقا على الموعد الدستورى أو لاحقا له ، فيبدأ نفاذه بعد شهر من اليوم  
التالى لتاريخ النشر (٢) .

وإذا كان لتاريخ النشر هذه الأهمية فى حساب الميعاد الدستورى أو  
القانونى لبدء نفاذ القانون ، فلا يمتد الا بالنشر الحقيقى أى بتاريخ التوزيع  
الفعلى لعدد الجريدة الرسمية المنشور به التشريع ، لا بتاريخ طبع هذا العدد  
أو التاريخ المخالف الذى قد يحمله (٣) .

وبغوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ يفترض علم الأفراد بالتشريع ،  
فيسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحد

---

(١) كان دستور ١٩٢٣ يعتبر القانون نافذا بضئ ثلاثين يوما من نشره فى الجريدة الرسمية .  
وكان دستور ١٩٥٦ يعتبره نافذا بعد عشرة ايام من تاريخ هذا النشر . وكان يجوز بهما دائما  
مد هذا المبدأ أو قصيره بنص خاص . أما دستور ١٩٦٤ ، فقد أعزل تحديد أى ميعاد من تاريخ  
النشر لبدء نفاذ القوانين .

(٢) أظهر فى عدم دخول يوم النشر فى الحساب ولو كان منصوبا على بدء هذا الحساب  
من تاريخ النشر وفى دخول هذا اليوم فى المجال الزمنى لنفاذ القانون القديم ، « لان هذا اليوم  
هو فاصل رسمى يمتد اربعا وعشرين ساعة ، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه ، وقد يتراخى هذا  
اليوم لآخره . فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله ؟ : المحنسة الإدارية العليا  
١٢٥ - ٤ ص ٢٦ / ١٩٥٩ ، أحمد سمير أبو شاذى ، مجموعة القواعد الثماتونية للمحاكمة الادارية  
العليا فى عشر سنوات ، رقم ٥٩٩ ، ص ٦١٩ - ٦٢٠ .

(٣) « الا كان القانون رقم ٦٦٤ ، لسنة ١٩٥٣ ... قد نظم اجراءات أوجب على الكلمة  
اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ونص فى المادة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من  
تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .. وكان المستأنف قد دفع بأنه قد استعان المسلم بذلك  
القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بقوله أن الجريمة الرسمية التى  
نشر فيها ذلك القانون وإن كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ الا أنها لم توزع ونشرت  
فصلها الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف . فالتفت الحكم عن تحقيق هذا المدعى فانه  
يكون مشوبا بالصور ( نقص ٢٤ يونيو ١٩٥٨ مجموعة المكتب العلمى لأحكام النظم . ص ٩ ،  
ج ٢ ، رقم ٨١ ، ص ١٣٩ ) .

الاعتذار بجهله . وافترض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه انما هو تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أي بمجموع القواعد القانونية الملزمة في الدولة وهو ما سنعرض له من بعد عند الكلام في مدى تطبيقه أو سريان القاعدة القانونية .

#### ٤ - نتائج لدرج التشريع أو رقابة صحته

##### ١٣٤ - خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هي ظاهرة تدرجه أي تفاوتة في القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الأساسي أو الدستور هو أقواها ، ويليه التشريع العادي ، ثم يتبعه التشريع الفرعي . وهذا التدرج في القوة ينبغي أن يسلم منطقاً الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى . غير أن هذه النتيجة على تحميم المنطق لها لا تجد دائماً ما ينبغي لها من صدق في نطاق العمل ، فهذا الصدى يتفاوت بتفاوت الدول والداياتر . فتدرج التشريع إذن يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذي يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذي يصدر على خلاف ما يقضى به التشريع الأعلى ، وعلى هذا النحو فالتشريع العادي ينبغي أن لا يكون متعارضاً مع التشريع الأساسي ، والتشريع الفرعي بدوره ينبغي أن لا يكون مخالفاً للتشريع العادي أو للتشريع الأساسي . ومن هنا فإذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة وجب تطبيق التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى .

كل ذلك يدعو بخاصة الى اقامة رقابة قضائية (١) على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع . فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم بالمبدأ خبيها ومدى تحققه في العمل .

---

(١) نترك جانباً ما قد يوجد من رقابة سياسية في هذا الشأن .

### ( ١ ) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل

#### ١٣٥ - لا خلاف على تقرير هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى ، أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتام اصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه . فان لم يتوافر للتشريع الأدنى - سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا فرعيا - الشكل الذى يحدده التشريع الأعلى ، فالاجماع متفق على حق المحاكم فى الامتناع عن تطبيقه ، تأسيسا على أن مثل هذا التشريع انما هو تشريع منمعم ليس له وجود قانونى . ولذلك فلمحاكم بل عليها أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الأغلبية الخاصة المطلوبة فى شأنه ، أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر فى الجريدة الرسمية أو صدرت عن جهة غير مختصة .

### ( ٢ ) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع

#### ١٣٦ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى

لا تجد رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها . فالرأى فى مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما اذا كان التشريع الأدنى فرعيا أو عاديا . فنعرض أولا لرقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم لرقابة دستورية القوانين .

#### ١٣٧ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت فى رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لتواعد وأحكام التشريع المادى والتشريع الأساسى على السواء . فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لأحكام القوانين<sup>(١)</sup> . كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتثبت

---

(١) تقرر محكمة القضاء الإدارى فى أحد أحكامها أن « قضاء هذه المحكمة قد جرى على جواز العن فى القرارات التنظيية الملزمة ( أى اللوائح ) بأحد طريقين : إما بالطريق المباشر »

من عدم مخالفتها لقواعد الدستور<sup>(١)</sup> .

ولئن كان القضاء المادى يقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور دون أن يملك القاضى ، فالوضع مختلف بالنسبة للقضاء الإدارى الذى يتمتع كذلك بسلطة الحكم بالفائتها .

### ١٣٨ - مشكلة رقابة دستورية القوانين<sup>(٢)</sup>

(١) الخلاف حول مبدأ الرقابة القضائية للدستور : لا تجد مشكلة رقابة دستورية القوانين فى الدول ذات الديمقراطيات الجامعة<sup>(٣)</sup> حلا واحدا . فحق المحاكم فى مثل هذه الرقابة أى فى رقابة صحة التشريع المادى الموضوعية للتأكد من مطابقتها لقواعد التشريع الأساسى ، أى للتثبت من موافقته لاحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

فلم اتجه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين<sup>(٤)</sup> بحجة احترام مبدأ فصل السلطات ، الذى يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع ، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه ، اذ يعتبر الامتناع

---

« أى يطلب منها فى الميدان . أو بالطريق غير المباشر فى أى وقت عند تطبيقها فى الحالات الفردية أى يطلب عدم الاعتداد بها لغايتها القانون وذلك عند انطوائها فى القرارات الفردية بالأشخاص من محكمة القضاء الإدارى . ٥ فبراير ١٩٥٢ . «الجمهورية» ، ص ٢٢ . ع ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص ١٠٥٩ .

(١) انظر مع ذلك لاحقا ص ٢٥٨ - ٢٥٩ ، وعاملى ص ٢٥٩ .

(٢) راجع فى ذلك صفة خاصة :

Burdeau, *Traité de science politique*, t. III, Nos. 156-181. — Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3e éd., No. 98, pp. 715-732. — Leferrère, *Manuel de droit constitutionnel*, 1943, pp. 294-324.

السيد صبرى . المرجع السابق . ١٩٤٩ ص ٢٢٢ - ٢٢٥ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق . ١٩٥٦ ص ٣١٦ - ٣٣٩ . — سعد عصفور ، مقالة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ : ص ١٢٤ - ١٨٣ . — وكناينا أصول القانون ، فقرات ١٤٦ - ١٤٩ .

(٣) لا تتور مشكلة رقابة دستورية القوانين «لا حيث يكون الدستور جمعا . اما حيث يكون الدستور مبرا ، فتكون مخالفة القوانين أى التشريعات المادية له مشروعة ، لأنها تعتبر بمثابة تمديدا لاحكامه وقواعده .

(٤) انظر خاصة :

Esmein, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, 3e éd. par Nèzard, t. I, 1927, pp. 644-648.

عن التطبيق ، بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه ، خروجاً من السلطة القضائية عن اختصاصها وتمدياً على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على تصرفاتها والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطة القضائية هيئة ورقابة على أعمال السلطة التشريعية وهو ما يتنافى مع انفصال السلطتين واستقلالهما . وهذا الاتجاه هو السائد فى القضاء الفرنسى . بخاصة رغم أن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسى<sup>(١)</sup> ينتقده وينتصر لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين .

وتم اتجاهاً ثان يرمى الى تخويل المحاكم حق النظر فى دستورية القوانين<sup>(٢)</sup> بالثبوت من مطابقة التشريع العادى ( القانون ) لقواعد وأحكام التشريع الأساسى ( الدستور ) ، استناداً الى أن رقابة دستورية القوانين إنما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام أى مجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة . فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون ( بمعناه الخاص ) على حد سواء . غير أنه حين يستحيل تطبيقهما مما لتعارض أحكامهما فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون ، أعمالاً لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى أنه مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها ، فليس يفهم - مع هذا الإجماع - منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق - بل يكون من التناقض - التسليم بأحدى النتيجتين دون الأخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحاكم حق رقابة دستوريته . فضلاً عن أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يؤكد - على

(١) انظر فى الإشارة الى هذا الفقه :

Laferrière, op. cit., pp. 331, 332.

(٢) انظر خاصة :

Duguit, op. cit., t. III, No. 98, p. 718.



عكس ما يقوله معارضوه - مبدأ فصل السلطات ، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحسد من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية التي على رأسها قواعد الدستور .

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضى كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين الى تدخل من جانب السلطة القضائية فى أعمال السلطة التشريعية بالفاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالى ، اذ الفاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعية وحدها(١) . ومن هنا ينبغى أن يقتصر حق المحاكم - عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين - على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بالفائه ، مما يقتضى أن يكون الامتناع عن التطبيق قاصراً على الدعوى المروضة وحدها ، لا ينصرف الى غيرها من الدعاوى ولا يؤثر فى الوجود القانونى لمل هذا القانون(٢) .

( ٢ ) رقابة دستورية القوانين فى القانون الحديث : الاتجاه الغالب فى القانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين ، دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق الدفع . وفى مثل هذه الطريقة لا يتوجه أحد الى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستورى لمخالفته أحكام الدستور ، وانما يترصص الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه فيها . وأمام هذا الدفع ، تتصدى المحكمة للبحث فى مدى مطابقة هذا القانون لأحكام الدستور . فان تحققت من هذه المطابقة ، رفضت الدفع مؤكدة دستورية القانون ، ومضت فى أداء واجبها من تطبيقه . وان تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور ، قضت بعدم دستوريته ، ورتبت

(١) فى هذا المعنى :

سعد صغور ، المرجع السابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ .

(٢) فى هذا المعنى :

Duguit, op. cit., III, No. 98, p. 719.

على ذلك نتيجته من الامتناع عن تطبيقه في ذات الدعوى المنظورة امامه والمطالب فيها بتطبيقه .

فالدفع بعدم دستورية قانون ما - باعتباره وسيلة دفاع سلبية بحث - لا تمدو نتيجته اذن الفاءة من ابدائه ، وهي مجرد استفادة الخصم صاحب الدفع ومنكته من عدم الاعماله لا يطلبه خصمه من تطبيق قانون من عليه . ولذلك لا تتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالفائه في حال مخالفته للدستور(١) ، وانما تقتصر فحسب على مجرد تقبل الدفع بالامتناع عن اجابة المدعى الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه . وهي بذلك تحترم في آن واحد سيادة الدستور بتطبيقه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت في الفاء القوانين .

ومن اهم الدول التي راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع : الولايات المتحدة الامريكية(٢) والنرويج وكندا وايرلندا والبرتغال واليونان وجنوب افريقيا(٣) .

غير ان ثم دولا اخرى قليلة اعطت القضاء حق رقابة دستورية القوانين عن طريق الدعوى ، كالنمسا واطاليا وسويسرا ، وفي هذه الطريقة ، يباح رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بابطال أو الفاء قانون معين صدر مخالفا للدستور . ونظرا لحظورة هذه الطريقة ، فان اغلب الدساتير التي اخذت بها انشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة - دون المحاكم الصادية - بالنظر في دستورية القوانين والفاء القوانين غير الدستورية .

---

(١) فيظل هذا القانون قائما ، بحيث تستلج محكمة اخرى - او حتى نفس المحكمة التي امتنعت عن تطبيقه في قضية معينة - تطبيقه في قضية اخرى ، طالما لا يوجد نظام السوابق القضائية الملزمة .

(٢) راجع في ذلك بصفة :

أحمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم العربي ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٨ ، طبعة ١٩٦٠ .

(٣) Lafferrière, op. cit., p. 314.

وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الإلتجاء الى هذه المحاكم - بدعاوى الإلغاء - على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة (١) .

والواقع أن الطريقة التالية في تحقيق رقابة دستورية القوانين وهي طريقة الدفع ، تفضل - بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير الدستوري - الطريقة التي تتبعها أقلية الدول وهي طريقة الدعوى ، إذ في هذه الطريقة الثانية اعداد لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها ، يتمكن السلطة القضائية العادية أو المحاكم الخاصة من بسط سلطانها على السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالإلغاء والإبطال .

( ٣ ) مدى رقابة دستورية القوانين في مصر : ينبغي تتبع هذه الرقابة في مرحلة أولى قبل انشاء المحكمة العليا ، سنة ١٩٦٩ ، ثم في مرحلة ثانية منذ انشاء هذه المحكمة ، ثم في مرحلة ثالثة منذ انشاء المحكمة الدستورية العليا سنة ١٩٧٩ .

١ - قبل انشاء المحكمة العليا : لم يكن الدستور المصري لسنة ١٩٢٣ يتضمن أى إشارة الى مشكلة دستورية القوانين ، فلا هو منح السلطة القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لأحكام الدستور ، ولا هو منعه من ذلك . ومن هنا نجد أن القضاء العادي قد تراوحت أحكامه - وهي قليلة نادرة في هذا الشأن - بين ادعاء هذا الحق للمحاكم (٢) وبين انكاره عليها (٣) ، وإن كان الإلتجاء العام المستخلص من هذه الأحكام هو امتناع القضاء العادي عن ادعاء حق رقابة دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن اجماع الفقهاء المصريين يكاد يتخذ على اثبات هذا الحق له (٤) .

---

(١) وهو ما يجعل من هذه المحاكم حينئذ وسيلة لحسم المشغلات بين السلطات العامة أكثر منها وسيلة لحماية حقوق الأفراد التي يكفلها الدستور (Ladner, op. cit. p. 300) .

(٢) مصر الإعلامية أول مايو ١٩٤٦ ، الصفحة ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٢٥ .

(٣) انظر في الأحكام المتكررة لهذا الحق :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٥ وما بعدها .

(٤) انظر خلاصة :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٤٥ ، - عبد الحيدى عدول ، المرجع السابق .

ثم كان أن أنشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ م<sup>١</sup> ، وأتيح لمحكمة القضاء الإداري أن يمرض عليها الأمر ، فاستقر قضاؤها على اتباعت حقها في التصديق لبحث دستورية القوانين عند الدفع أمامها بعدم الدستورية ، بحيث تمتنع في القضية المنظورة أمامها والمطلوب فيها تطبيق قانون غير دستوري عن تطبيقه ولكن دون أن تعرض له في ذاته بإبطال أو إلغاء<sup>(١)</sup> .

وقد أيدنا من قبل هذا القضاء ورجونا أن يستقر حق المحاكم عموماً في رقابة دستورية القوانين في مصر ، فتنحول المحاكم العادية عما تلتزمه من حذر وتخوف لا يوجد ما يبررها . ورغم أن الخلاف لم ينقطع من بعد بصدد الدساتير المتعاقبة لسنة ١٩٥٦ و ١٩٥٨ و ١٩٦٤ ، لالتزامها ما كان يلتزمه

---

ص ٥٧٨ - ٥٩٨ . - عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٤٢ ، ص ٨٨ وما بعدها . - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ - ١٢٩ . - محمد علي إمام ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، و فقرة ٩٣ . عبد الفتاح عبد البقي ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ - ١٦٢ .

(١) انظر خاصة :

محكمة القضاء الإداري : ١٠ فبراير ١٩٤٨ مجلدة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، ص ٢٨٤ . - ٢٠ يونيو ١٩٥٢ ، للحامدة ، سنة ٢٣ ، المجلد الأول ، ص ٢٨ .  
ومن حيثيات الحكم الأخير ما يأتي : « ومن حيث أن أصلاً من الأصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يمرض له من الأنظمة . والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها » . ومن حيث أنه إذا تنظر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعها لمسا قد يوجد بينها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى في المرتبة وأن يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الأدنى إذا تعارض مع القانون الأعلى . . . . . ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القوانين عند التعارض ليس معناه الحكم بإلغاء القانون ، فهذا ما لا تملكه المحكمة إلا بنص صريح في الدستور . ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القوانين عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه إلا برخصة دستورية صريحة ، وكما ما تملك المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري في القضاء المعروضة عليها . ونفسه في هذا مقصود على هذه القضية بالذات ، ودون أن تنفذ هي نفس به في قضية أخرى تنظرها بعد ذلك . ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات فهو ما على وجه الصحيح : فالسلطات التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى ولكنها تخضع للدستور . فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بإلغاء قانون ينطوي في دعوى أمسلة ترفع أمامها ، ولا سحت سلطتها على السلطة التشريعية . ولا يجوز للسلطة التشريعية أن ترفض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والقيود الدستورية فترغم بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعاً للسلطة التشريعية . وهذا وذلك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات . . . » .

دستور ١٩٢٣ من صحت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، الا اننا اكدنا حق القضاء جميعا في مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لاحكام الدستور ، مما يكفل في آن واحد احترام سيادة الدستور بوصفه التشريع الأعلى ، واحترام مبدأ فصل السلطات كذلك على السواء (١) .

٢ - منذ انشأ المحكمة العليا : بتاريخ ٢١ أغسطس ١٩٦٩ ، صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ (٢) منشئا ما اسماء « المحكمة العليا » . وقد منح هذا القانون لهذه المحكمة اختصاصات مختلفة متناثرة ، في طليعتها اختصاص الفصل في دستورية القوانين (٣) . وبذلك انحاز المشرع المصرى متأخرا الى موقف ألفقه شبه الاجماعي ومسلك مجلس الدولة في تقرير حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، معلنا هذا الحق صراحة بما يقطع كل خلاف حوله أو تشكيك فيه .

وقد اختص المشرع المحكمة العليا وحدها دون غيرها من المحاكم بحق الفصل في دستورية القوانين ، وذلك قدرا لحظورة هذه المسألة وتوحيدا للرأى فيها (٤) . وبذلك لم يعد للقضاء المادى ولا للقضاء الادارى أى اختصاص بالفصل فى مسألة الدستورية .

غير ان استئثار المحكمة العليا بحق الفصل فى دستورية القوانين لا يعطيها حق التصديق من تلقاء نفسها للفصل فى دستورية القوانين ،

---

(١) كتابنا اصول القانون، ص ٣١٢ و٣١١ - طبعة الثالث من هذا الكتاب، ١٩٦٩، ص ٢٤٨

(٢) استند المشرع فى اصدار هذا القرار بقانون - كما جاء فى ديباجته - الى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون ( انظر فى قانون التفويض المذكور ، سابقا ، متن وعاملى ص ٤٥ ص ٢٢٩ ) .

(٣) وكذلك قرر دستور اتحاد الجمهوريات العربية مبدأ رقابة الدستورية ، اذ جعل فى طليعة اختصاصات المحكمة الدستورية الاتحادية « الفصل فى الطعون التى تقدم فى دستورية القوانين الاتحادية » ( م ١/٤٨ ) .

(٤) انظر فى ذلك : المذكرة الايضاحية لمشروع القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، النشرة التشريعية ، أغسطس ١٩٦٩ ، ص ٣٦١٥ و ٣٦١٦ .

ولا يعطى الهيئات أو الأفراد حق الالتجاء إليها مباشرة بدعوى أصلية مبتدأة يطلبون الحكم فيها بمضمون دستورية قانون من القوانين \* وإنما ينبت اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية قانون من القوانين إذا دفع ابتداء أمام إحدى المحاكم - في مناسبة دعوى مطروحة عليها - بمضد دستورية هذا القانون المطلوب تطبيقه فيها \* فعلى المحكمة المتأثر أمامها الدفع تحديد ميعاد للمخضوم \* لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، على أن يوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع \* ( م ١/٤ من قانون المحكمة العليا ) .

وقد انحصر النص في قانون المحكمة العليا على اختصاص هذه المحكمة بالفصل في دستورية القوانين \* ( م ١/٤ ) ، مما أثار خلافا حول مدى امتداد أو عدم امتداد إلى الفصل في دستورية اللوائح . ولكن المحكمة العليا انحازت في شأن هذا الخلاف لصالح شمولية اختصاصها برقابة الدستورية بحيث لا يقتصر على رقابة دستورية القوانين بل ينسبط كذلك إلى رقابة دستورية اللوائح (١) . وهذا هو الرأي السليم (٢) .

٣ - منذ إنشاء المحكمة الدستورية العليا : حرص دستور ١٩٧١ على تقرير مبدأ إنشاء « محكمة دستورية عليا » تحل محل المحكمة العليا وتكون هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها ( م ١٧٤ ) ، ويخاط بها وحدها دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ( م ١/١٧٥ ) ، وعلى أن تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة منها في الدعوى الدستورية ( م ١٧٨ ) . ولكن الدستور المذكور أحال على قانون يصدر من بعد بتفصيل تنظيم هذه المحكمة ، مبقيا للمحكمة العليا حق الاستمرار في ممارسة كافة اختصاصاتها إلى حين تشكيل المحكمة الدستورية العليا وفقا للقانون المرئى . وقد طال ارتقاب هذا القانون إلى أن أُنْجِص له الصلور سنة ١٩٧٩ بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ (٣) .

(١) أنظر : الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، طبع (١) من ٢٥٩ .

(٢) في هذا الصل : .

مسن خليل ، القانون الدستوري ونظم السليلة ، ١٩٨٧ ، ص ١٥٤ . ولكن قرأ : مسر تالفر ، نظرية السليلة للقانون ، ١٩٨٦ ، قرة ١٠٧ و ١٠٨ وحكم الفصل بطبع ١٩٧٢/١٢/٢١ الذى نشر له (ص ٣٥٨) .

(٣) الجريدة الرسمية العدد ٣٦ في ٦ سبتمبر ١٩٧٩ .

وقد أعطى هذا القانون أربعة اختصاصات استثنائية للمحكمة الدستورية العليا تخص بها وحدها دون غيرها ، في طلبتها : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (م ١/٢٥) ، وهو ما يعنى في هذا المقام . وقد حسم القانون بهذا النص الصريح الخلاف الثائر في ظل قانون المحكمة العليا في هذا الشأن (١) ، مؤكدا شمولية الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الدستورية العليا في شأن رقابة الدستورية بما يتناول رقابة دستورية القوانين ورقابة دستورية اللوائح على السواء . وبذلك لم يمد لأية محكمة أخرى - غير المحكمة الدستورية العليا - اختصاص رقابة دستورية اللوائح (٢) .

**حالات رقابة الدستورية :** لا تثار مسألة رقابة دستورية القوانين واللوائح الا في حالات ثلاث ذكرها القانون على سبيل الحصر وهى :

(١) **الدفع بعدم الدستورية :** وليست هذه الحالة جديدة ، فقد كان منصوحا عليها من قبل في قانون المحكمة العليا ، ولكن النص الجديد عليها جاء بمزيد من الإيضاح يقطع ما أثير من خلاف حول أثر الدفع في ظل قانون المحكمة العليا للملغى من حيث استلزام جديته أو عدم استلزام ذلك (٣) .

وتفترض هذه الحالة وجود دعوى منظورة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، ويتقدم أحد الخصوم فيها بدفع بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون مطلوبها تطبيقه في الدعوى . ولا يكفى مجرد الدفع بذلك حتى تعتبر رقابة الدستورية مشروعة ، بل ينبغي أن تقتر المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن الدفع بعدم الدستورية دفع جدي يستحق النظر . فإذا قدرت عدم جديته ، رفضت الدفع ومضت في نظر الدعوى الأصلية . أما إذا قدرت جديته ، فاتها تؤجل نظر الدعوى ، وتحدد لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا .

(١) انظر إليها ، ص ٢٥٦ .

(٢) أما رقابة قانونية اللوائح في حال الإساءة بمخالفة إحدى اللوائح نصا في القانون دون مخالفة نص في الدستور ، فلا تكون من اختصاص المحكمة الدستورية العليا ( في هذا المعنى : مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ،قرة ٥٦٧ ص ٢٩٠) ، بل تكون من اختصاص المحاكم الأخرى في حدود ولاية كل منها ، فبذلك سحك القضاء الإداري عند البت من مخالفة القانون الحكم بطلان النص أو الصيوص المخالفة الواردة في اللائحة . وبذلك سحك القضاء الإداري للاطلاع عن طريق النص أو الصيوص المخالفة الواردة في اللائحة ( في هذا المعنى : سميح طاهر ، المرجع السابق ، قرة ١٠٨ مكر ، ص ٣٦٠) .

(٣) انظر الطبعة الخامسة من هذا الكتاب ، طبع ١ ، ص ٢٥٦ .

فإذا لم رفع الدعوى بذلك في الموعد المحدد، اعتبر الدفع كأن لم يكن ( م ٢٩/ب ) ، وبذلك تسترد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي حقها في الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية دون انقضاء إلى الدفع المبدى بعدم الدستورية الذي قوت الخصم بمعاد رفع الدعوى به إلى المحكمة الدستورية العليا.

أما إذا تم رفع الدعوى بعدم الدستورية في الموعد المحدد، فستمر الدعوى الأصلية موقوفة إلى أن تفصل المحكمة العليا في مدى دستورية القانون أو اللائحة. وبعد هذا الفصل ، تسترد المحكمة الأصلية أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي سلطتها في الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية ، وذلك في ضوء ما قرره المحكمة الدستورية العليا من دستورية أو عدم دستورية النص أو النصوص المطعون بعدم دستورتها.

وتعتبر الدعوى بعدم الدستورية في هذه الحالة دعوى متميزة لا ترفع ابتداء ومباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا، وإنما بعد دفع بعدم الدستورية مدفوع به أمام المحكمة الأصلية وبناء على تقدير هذه المحكمة أن الدفع جدي ، فهي دعوى يدفع أو بناء على دفع (جدي) . وترتب على ذلك أن فصل المحكمة الدستورية العليا في الدعوى بعدم الدستورية يكون في ذات الوقت فصلاً في الدفع أمام المحكمة الأصلية.

(٢) **الإحالة مبدئية من محكمة الموضوع :** وهذه الحالة جديدة لم يكن منصوباً عليها من قبل في قانون المحكمة العليا . فإذا تراءى لأحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، أثناء نظر إحدى الدعاوى ، عدم دستورية نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع، فإنها توقف الدعوى وتحيل الأوراق بدون رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية ( م ٢٩/د ) . وبعد هذه الحالة نقصاً قد يقوم إذا أزم في إحدى الدعاوى تطبيق نص تعتقد محكمة الموضوع الأصلية بعدم دستوريته ولم يتجه أحد الخصوم إلى تقديم دفع بعدم الدستورية (١) . يستوى أن يكون النص المعتقد بعدم دستوريته وزائداً في قانون أو في لائحة. ولكن ينبغي أن يكون لازماً للفصل في النزاع، بحيث إذا لم يكن لازماً لهذا الفصل فلا تملك محكمة الموضوع إحالة المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا.

(١) في هذا الصدد ،



### (٣) تصدي المحكمة الدستورية العليا لرقابة الدستورية: نص

قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه يجوز لهذه المحكمة أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويكون مصلا بالتزاع المطروح عليها ، وذلك بعد إيفاء الاجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية ( م ٢٧ ) .  
وتفترض هذه الحالة عدم توافق إحدى الحائزين المقدمتين ، ولكن يجوز للمحكمة الدستورية العليا ، بمناسبة ممارسة اختصاص من اختصاصاتها ، وجود نص غير دستوري في قانون أو لائحة يكون مصلا بالتزاع الذي تفصل فيه ، فيعقد تصدي مباشرة لهذا النزاع وتحكم بعدم دستورية . ولكن ليس لها هذا التصدي إذا كان النص المذكور غير مصلا بالتزاع .

### أحكام للمحكمة الدستورية العليا . نص قانون المحكمة الدستورية العليا على

أن أحكام هذه المحكمة في رقابة الدستورية أحكام نهائية وغير قابلة للطعن (م ٤٨) ، وعلى أنها ملزمة لجميع سلطات الدولة وللوكالة (م ١/٤٩) بمعنى أن آثارها مطلقة لاسية (١) ، فهي لا تقتصر على دعوى معينة ولا على خصوم معينين لأنها تقضي في مدى دستورية النص في ذاته بحيث يمتد الجميع بفضائها في الحاضر وفي المستقبل على السواء . وبذلك يحسم الأمر مرة واحدة ويتحقق الاستقرار ، بحيث يتمتع على الجميع من بعد الفارة مسألة الدستورية بشأن نص سبق للمحكمة الدستورية العليا البت فيها . ولذلك أوجب القانون نشر أحكام هذه المحكمة في شأن رقابة الدستورية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها ( م ١/٤٩ ) .

ولذا رأيت المحكمة الدستورية العليا أن النص المتنازع أمر دستوريته غير دستوري ، قانونا لامتلاك الحكم بالذات (٢) ، وإنما تكفي بالحكم بعدم دستوريته . وتزوب على الحكم بعدم دستوريته عدم جواز تطبيق النص المذكور من اليوم التالي لنشر الحكم ( م ٢/٤٩ ) .

ومقتضى ذلك في الأصل أنه يتمتع تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته على كل ما

(١) وهذا ما كما أنه في ظل قانون المحكمة العليا رغم عدم النص فيه على ذلك ( انظر الطية العلية من طلاء

الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٢٥٨ )

(٢) في طلاء النص :

معين خليل ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

يعرض اعتبارا من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، ولكن دون المساس بما انظر  
نهائيا من لوائح ومراكز قانونية وفقا للنص المذكور قبل هذا التاريخ . وبذلك يتمتع على  
الحاكم تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته في أية دعوى ترفع في المستقبل ، بل وحتى في  
الدعوى المرفوعة قبل ذلك التاريخ طالما لم يكن قد صدر فيها حكم نهائي بعد .

ومع ذلك ، يقرر قانون المحكمة الدستورية العليا أنه إذا كان النص المحكوم بعدم  
دستوريته لها جليا ، فعصر الأحكام السابقة التي صدرت بالادلة استنادا إلى ذلك النص  
كل ما لم تكن (١) . ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام فور النطق به لأجراء  
مقتضاه ( م ٣/٤٩ ) .

## • - التقنين

### ١٣٩ - التقنين وفروعه

لا يخرج التشريع دائما في صورة واحدة . فقد يخرج مجزئا لا يتناول  
إلا مسألة معينة ، كقانون المحاماة وقانون النشر العقاري وقانون تنظيم  
الجامعات . وقد يخرج مجمعا تجميعيا علميا منطقيا يضم في وثيقة رسمية  
واحدة أنواعا المتعلقة بفرع من فروع القانون .

ويطلق على عملية التجميع هذه اسم « التقنين » . وكذلك يطلق هذا  
الاسم على الوثيقة الرسمية الجامعة نفسها التي تضم مجموعة النصوص  
التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون . كالتقنين المدني ، وتقنين  
المعقوبات . والتقنين التجاري وهكذا . ومن الأفضل - منعا للخط - قصر  
اصطلاح « التقنين » على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها ، والتعبير  
باصطلاح « عملية التقنين » Le codification عن عملية التجميع الرسمي  
نفسها .

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحي الدقيق إنما هو  
تجميع رسمي من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع  
القانون ، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر عن المشرع نفسه بهذا الشكل  
الجامع . فلا يطلق هذا الاصطلاح على أي تجميع غير رسمي قد يقوم به بعض  
الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة ولو كانت تسمى نفس الفرع

(١) وهو ذلك استنادا من الأصل المقرر في حالة ما إذا كان الحكم بالإلغاء نهائيا. ولعل للمشرع إرادته عليه  
الحالة بحالة الرجعية المقررة للتقنين لقاعدة التدرج ( انظر لاحقا ) ص ٣٩٤ .

من فروع القانون ، اذ مثل هذا التجميع لا يبدو ان يكون مجرد عمل فقهي بحت ، لا يرتفع الى مرتبة التشريع الجامع اى الى مرتبة التقنين .

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنية ونشاط حركة التشريع نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التمازج والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة ، فيحتاج الامر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون في وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين النصوص ، وترفع التمازج بينها . وتيسر المرجع اليها بما تحصر وتركز من مظان البحث . وقد أصبح التقنين اليوم في العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبليغه الجماعة من وحدة سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطني تفتتح به الجماعات المتحررة حيايتها عقب التخلص من الاستعمار<sup>(١)</sup> .

#### ١٤٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

هوجمت فكرة التقنين على يد المذهب التاريخي كما سبق البيان . تخوفا من أن يؤدي جمع أحكام القانون في تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وعوده عن مسايرة التطور في الجماعة . ولكن هذه المهاجمة تقوم على أساس فكرة خاطئة هي أن القانون يتكون آليا في ضمير الجماعة ، فقد أظهرنا من قبل ما في هذا الأساس من انكار لدور الإرادة الانسانية البصيرة الواعية في تكوين القانون<sup>(٢)</sup> . ونضيف الآن الى ذلك أن هذا التخوف لا يجد دائما ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تعنى على نصوص التقنين من المهابة والقدسية ما يرد عن تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة في الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق مواءمة التقنين بالمراجعة والتعديل<sup>(٣)</sup> كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة . والثابت - كما دلت التجارب - أن المشرع لا يحجم عن السير في طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعت الضرورة الى ذلك . فضلا عن أن الغالب

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 321. (١)

انظر سابقا ، فقرة ٦٦ .

انظر في كيفية تعديل التقنين .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 323-327.

في التقنين هو الاختصار على العام من المبادئ والكليات ، دون الخوض في  
الخاص من التفاصيل والمزئيات ، فتمتصت نصومه بذلك في يد القضاء أداة  
طبعة مرنة ، يتوصل - بما له من حرية في التفسير - الى ملامتها وتكييفها ،  
رغم بعد العهد بوضعها ، وفقاً لما يستجد من ظروف في الحياة العملية .

يضاف الى ذلك أن المآخذ على التقنين هي في جوهرها مآخذ على  
التشريع ، تنبع من فكرة واحدة هي فكرة انبثاق القانون من ضمير الجماعة  
انبثاقاً ذاتياً وتطوره بالتالي تطوراً آلياً ، مما يستتبع أن لا يكون حبيس  
نصوص مدونة ، بل يترك حراً طليقاً يجري ويتطور به العرف . ولكن  
النائب ان العرف لم يعد يفي بمطالب الحياة الحديثة المتكاثرة المتقدمة ، وإن  
التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب ، وخاصة بعد ازدياد تدخل  
الدولة نتيجة انتشار المذهب الاجتماعي ، وما التقنين الا صورة من صور  
المسريع يريد عليه قائمة بما يجمع من مبصر النصوص ، ويوافق بينها على  
أسس منطقي سليم ، وييسر الاطاعة بها والرجوع اليها .

وحيث قيل ان ظهور التقنينات الفرنسية في أوائل القرن الماضي قد  
ولد مذهب التزام النص ، الذي قام على أساس من تقديس النصوص تقديساً  
جر الى جود القانون الفرنسي ، فالرد على ذلك سهل ميسور . ذلك ان هذا  
المذهب ، ان كان قد نبت في أعقاب صدور هذه التقنينات ، فلم يكن ذلك الا  
نتيجة تصور خاطيء لفكرة القانون من اعتباره وليد ارادة الدولة ومشيتها  
واعتبار التشريع بالتالي وسيلة الدولة الوحيدة واداتها في صنع القانون .  
وفرضه . فلم يكن ظهور التقنينات اذن هو سبب نشأة هذا المذهب ، وإن  
كان ظهورها قد أعان على تنبئت هذا التصور الشكلي الخاطيء للقانون في  
الازدهان ومكن لاشاعة تقديس ارادة الدولة ونصوص التشريع في النفوس .  
فالتقنينات الفرنسية كانت اول عمل تشريعي ضمن تولته دولة في العصر  
الحديث ، مما مد في الحجة لأفكار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور  
لهم أن مثل هذه التقنينات قد جمعت فاورعت وأحاطت بكل شيء . غير أن تقدم  
العمر بهذه التقنينات وما صاحبه من تطور كبير في المجتمع الفرنسي ، لم  
يلتب أن يكشف عن خطأ النظرة الى هذه التقنينات باعتبارها شاملة وافية  
كاملة ، فصاحت بذلك أسطورة قدسيته ، وانكشف فساد مذهب التزام

النص ، في تفسيرها . فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر في التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهام التقني بالجمود بالقانون .

وأيا ما كان الأمر ، فقد بدد الواقع أوهام خصوم التشريع والتقني ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقني ، ولم يستتب ذلك لا قدسية التقني ولا جمود القانون . فوجدت تقنيات عدة لم يمنع المشرع المصري أخيراً - حين دعت الحاجة - من إلغائها واستبدال غيرها بها . ووجدت التقنيات الفرنسية منذ أكثر من قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسي ، إذ لم يزل انقضاء الفرنسي يذلل من نصوصها - بما اختط لنفسه من حرية في التفسير - حتى لم تعد اليوم متخلعة عن مواجهة الحاجات والفروض الحالية للمجتمع الفرنسي .

#### ١٤٩ - حركة التقني في العصر الحديث

إذا كانت حركة التقني منتشرة ورائجة في العصر الحديث ، فإن جذورها ممتدة في الماضي فيما عرّفه الرومان من تقني بدائي كالألواح الأثني عشر ، ثم فيما عرفوه في القرن السادس الميلادي من تقني أكثر إحاطة وشمولاً هو مجموعة جوستينيان . ولعل أول مظهر جدي على حركة التقني ، كان هو صدور التقني المدني الفرنسي المعروف بتقني نابليون سنة ١٨٠٤ ، وما تلاه في فرنسا من تقنيات أخرى خاصة بباقي فروع القانون . ثم ما لبثت حركة التقني التي ابتدأتها فرنسا في العصر الحديث أن عمت أكثر الدول (١) . وامتدت حتى الى ألمانيا مهد المذهب التاريخي عمود التقني .

#### ١٥٢ - حركة التقني في مصر

لم تعرف مصر حركة التقني في عهدها الحديث قبل الربع الأخير من القرن الماضي ، فرغم تبنيها للدولة العشائية حينئذ لم تطبق فيها ، مجلة الأحكام العدلية ، نظراً لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعي

---

(١) انظر في انتشار حركة التقني في العصر الحديث ، وتعداد التقنيات الحديثة خاصة في

مختلف الدول :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 371-376.

ونصاني . وكذلك فلتن كانت بعض أحكام الشريعة الإسلامية قد جمعت في مصر تجميعاً علمياً فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هي : « كتاب الأحوال الشخصية » في قواعد الأحوال الشخصية ، و « مرشد الممران الى معرفة أحوال الانسان » في قواعد المعاملات المالية ، و « قانون الصدل والانصاف » في قواعد الوقف . الا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنيناً بالمعنى الاصطلاحي لأنها مجرد مجهود فردى ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام في العمل .

تم عرمت مصر حركة التقنين بإنشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، اذ وضعت سنة نفيسات أخفت - مع خلاف يسير - عن التقنينات الفرنسية لتطبيقها هذه المحاكم . هي : التقنين المدني . وتقنين المرافعات . والتقنين التجاري . والتقنين البحري . وتقنين العقوبات . وتقنين تحقيق الجنايات . تم أسست المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٢ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى عمل غرار التقنينات المختلطة .

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التي وضعت على عمل لراحة إنشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث . فلم يكن بد من مراجعتها مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية كاملة على الأجانب ، فاستبدل بالتقنين المدني وتقنين المرافعات المدنية تقنينان جديان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . واستبدل بتقنين « تحقيق الجنايات » تقنين جديد سمي تقنين « الإجراءات الجنائية » ، تصحيحاً للتسمية الأولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ . وأعسر الفراغ من مراجعة التقنين التجاري والتقنين البحري . رغم أن الحاجة باتت ماسة الى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية في هذا القرن من نمو وتطور كبير . أما تقنين العقوبات . فقد تقع تنقيحاً شاملاً مرتين : الأولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ .

وقد نفع للمشرع - استجابة للوعي الاجتماعي النامي - أن يصدر تقنينين هامين هما : تقنين العمل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وتقنين التأمينات الاجتماعية بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ . وقد تمت مراجعة هذين التقنينين : فعمل محل الأول تقنين جديد .

للمعمل صدر به القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ، وحل أكثر من مرة . وحل محل التقنين  
تقنين جديد للتأمين الاجتماعي صدر به القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وحل هو الآخر  
أكثر من مرة .

وأمام التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الأخير في مصر ، امتدح المشرع  
الحاجة الي وجوب إعادة النظر في التقنينات القائمة التي وضعت في ظل مبادئ ومفاهيم  
وقيم مختلفة ، فألف لجانا عديدة لأعداد مشروعات تقنينات جديدة تتفق والتطور الجديد ،  
وقد آمنت أغلب هذه اللجان مهمتها . ولكن لم ير النور بعد من مشروعات  
التي أعدتها هذه اللجان الا مشروع الخاص بتقنين المرافعات حيث صدر به  
القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . ومشروع الخاص بتقنين جديد للأليات في  
المواد المدنية والتجارية حيث صدر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وتم بعد انتظار  
طال أكثر من قرن إصدار تقنين التجارة البحري بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ الذي حل  
محل التقنين القديم الصادر سنة ١٨٨٣ .

## الوجه الثاني

### الدين

#### المصدر الأصلي الخاص

#### ١٤٣ - تمهيد وتقسيم

تكلما من قبل عن الدين باعتباراه مصدرا رسميا لقانون بوجه عام ،  
ورأينا تفاوت سلطانه - في هذا الاعتبار - بتفاوت الجماعات ومعايير الزمان .  
وبعينا الآن أن نعرض للدين باعتباراه مصدرا رسميا أصليا خاصا للقانون  
المصري . واعتبار الدين مصدرا رسميا خاصا في هذا القانون ، يميزه عن  
التشريع المعتبر فيه مصدرا رسميا أصليا عاما . فرغم ما يشتركان فيه من  
صفة المصدر الرسمي الأصلي بحيث يكون لكل منهما الولاية أصلا فيما  
يتعرض له من مسائل ، الا أن نطاق الولاية بتفاوت بينهما تفاوتا كبيرا :  
فولاية التشريع عامة تمتد في الأصل الى كل المسائل ، وأما ولاية الدين  
فخاصة لا تمتد الا الى مسائل معينة محدودة هي تلك التي تخرج استثناء  
من ولاية التشريع العامة . وبقتضى تحديد مركز الدين كمصدر رسمي أصلي

في القانون المصري التفرقة أولاً بين مهدين : المهمد الذي سبق التقنيات المصرية الأولى إلى التقنيات المختلطة والأهلية في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، والمهد الذي تلا صدور هذه التقنيات . ثم يجب بعد ذلك انوفى على أثر حركة التشريع الحديثة في مصر في تقييد نطاق ولاية الدين كمصدر رسمي أصلي .

#### ١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنيات الأولى

كان النظام القانوني في مصر قبل صدور هذه التقنيات قائماً منذ الفتح الإسلامي على أساس ديني بحت . إذ كانت الشريعة الإسلامية هي السائدة باعتبارها المصدر الرسمي الأصلي للنظام . في اعتبارها في الأصل الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة إلى كل المسلمين وإلى كل الأشخاص دون تفرق إلى اختلاف عقائدهم الدينية . وكان معترفاً للشرائع الدينية الأخرى - بمقتضى الامتيازات الطبقية التي منحت لغير المسلمين في الدولة العثمانية وامتدت إلى مصر بالتالي - بولاية محدودة في شأن الشئ من شأنها وحدهم في بعض مسائل الأحوال الشخصية .

#### ١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنيات الأولى

غير أن هذه المرتبة الأولى للشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية لتدوين المصري . لم تلبث أن تخلت بإنشاء الحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية وإصدار التقنيات المختلفة - مختلطة وأهلية - في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي . إذ قفز التشريع بذلك إلى الطليعة بين مصادر القانون المصري ، فأصبح هو المصدر الرسمي الأول أو المصدر الرسمي الأصلي العام . حالاً بذلك محل الشريعة الإسلامية التي كانت تحتل من قبل هذا المركز . ولم يبق للدين من ولاية - في جواره - إلا في شأن مسائل محدودة هي المسائل المتروكة التي أغفلت هذه التقنيات التعرض لها ، وهي مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية ، إذ ظلت هذه المسائل محكومة بالنظام السائد قبل صدور هذه التقنيات ، بحيث بقي المصدر الرسمي في شأنها هو الدين على تفاوت في ذلك بين الشرائع الدينية المختلفة ، بما يكفل للشريعة الإسلامية مركزها الممتاز القديم بالقياس إلى الشرائع الدينية الأخرى ، وذلك على النحو الذي فوجئ به (١) فيما يلي :

(١) انظر لزيادة التفصيل كتابنا « أصول القانون » سابق الذكر ، ص ٣٦٩ - ٣٧٦ .



( ١ ) مسائل الوقف : يقصد بمسائل الوقف : المنازعات والمسائل

المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصفته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بمصوله في مرض الموت « ( م ١/١٦ من قانون نظام القضاء ) . فقد ظلت هذه المسائل منذ صدور التقنينات المصرية الأولى - كما كانت قبل هذا الصدور - داخلة في نطاق ولاية الدين ومحكومة أصلا بالشريعة الإسلامية وحدها ، سواء بالنسبة إلى الأجانب أو بالنسبة إلى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية . فالوقف نظام تأسس لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من ناحية ، ونظام لا يتصل بالعقيدة الدينية أو يحصل مظنة الإلزام فيها من ناحية أخرى .

( ٢ ) مسائل الأحوال الشخصية : يمكن رد مسائل الأحوال الشخصية

- وفق ما استقر عليه العمل في مصر ، وهو ما أبدته من بعد المادة ١٣ من ديون نظام القضاء - إلى مجموعات ثلاث كبرى :

( ١ ) المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية .

( ٢ ) المسائل المتعلقة بنظام الأسرة : كاختطبة ، والزواج وحقوق

الزوجين وواجباتهما المتبادلة . والمهر والسنة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، وتصحيح النسب والتبني . والملاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للإقارب والأصهار .

( ٣ ) المسائل المتعلقة بالموارث والوصايا .

وكما قلنا ، تركت التقنينات المصرية الأولى مسائل الأحوال الشخصية فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم ، وبذلك ظلت هذه المسائل خاضعة - منذ صدور هذه التقنينات - للنظام الذي كانت خاضعة له قبل صدورها . أي للشرائع الدينية المختلفة السائدة في مصر ، ولكن مع مراعاة ما للشريعة الإسلامية بينها من مركز ممتاز ، ناشئ من أن ولاية هذه الشريعة كانت هي الأصل ، وأن الاعتراف للشرائع الدينية الأخرى بولاية في بعض مسائل الأحوال الشخصية وبالنسبة للخصوم التابعين لهذه الشرائع إنما تقرر كمجرد استثناء تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين .

وبذلك ظلت الشريعة الإسلامية ، في مسائل الأحوال الشخصية ، هي الشريعة ذات الولاية إمامة التي تحكم في الأصل هذه المسائل بالنسبة إلى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين على السواء :

أما الشرائع الدينية غير الإسلامية ، فلا تتمتع في نطاق مسائل الأحوال الشخصية إلا بولاية مقيدة ومحدودة على سبيل الاستثناء . إذ هي قاصرة من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء .

( ١ ) فمن حيث الأشخاص ، ترتب ولاية هذه الشرائع باتحاد المحصوم في الدين أو أمة . بحيث إذا افترق المحصوم غير المسلمين في الدين أو الملة . طب الولاية في شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشرعية الإسلامية باعتبارها الشرعية العامة في هذه المسائل .

( ٢ ) ومن حيث الموضوع ، لا تكون ولاية الشرائع الدينية غير الإسلامية ملزمة إلا في مسائل الأحوال الشخصية التي قد يحمل إخضاعها لنظام دون آخر معنى الإرغام في العقيدة (١) . وهي تكاد تنحصر في الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق . بحيث لا يحل للمحصوم غير المسلمين المتحدى الدين أو الملة الرضا في شأنها على الاحتكام إلى شرعية دنية غيرها ولو كانت هي الشرعية الإسلامية ذات الولاية العامة .

وأما المسائل التي لا تتصل بالعقيدة الدينية اتصالاً مباشراً ، فالأصل - أمام انتفاء حرج الإرغام في العقيدة في شأنها - هو خصوعها بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء للشرعية الإسلامية وهي الشرعية ذات الولاية العامة ، بحيث لا تثبت للشرائع الدينية غير الإسلامية في شأنها ولاية من حيث المبدأ . ولذلك كانت مسائل **الأهلية والولاية على المال** خاضعة حتى بالنسبة لغير المسلمين لقواعد الشرعية الإسلامية منذ قدم (٢) .

ولكن استثناء من هذا الأصل ، أعطيت الشرائع الدينية غير الإسلامية امتيازاً بالولاية في شأن مسائل **الوارث والوصايا** . رغم عدم اتصالها بالعقيدة الدينية اتصالاً مباشراً . غير أن ولايتها في ذلك لم تكن ولاية ملزمة . بل مجرد ولاية تحكيمية . ومعنى ذلك أن الشرعية الإسلامية ظنت هي الشرعية الواجبة التطبيق في هذه المسائل حتى على غير المسلمين . ولكن زيادة في التسامح الديني أتيح لغير المسلمين بقيود معينة الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في شأنها ، فقيّد هذا الاحتكام ، فضلاً عن قيد اتحاد الملة

(١) نفس أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ، ص ٧٤ .

(٢) راجع في ذلك ، وفيما كان موجوداً قبل صدور قانون المجالي الحسية لسنة ١٩٢٥ من اجتزاء غشائي لثلاث من المجالي الكلية غير الإسلامية بالنظر في مسائل الوصاية والكرامة =

بين المحصوم وهو الشرط العام لولاية الشرائع الدينية غير الإسلامية ، بقيد آخر هو وجوب صدور التراضي على الاحتكام ممن يعتبرون ورثة في نظر الشريعة الإسلامية . وقد أكتت محكمة النقض حدود الولاية التحكيمية للشرائع الدينية غير الإسلامية في مسائل الموارث والوصايا على هذا النحو<sup>(١)</sup> ، وقطن المشرع المصري هذا القضاء من بعد بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ (٢) .

### ١٤٦ - اثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين

إذا كان هذا هو مركز الدين عقب صدور التقنينات المصرية الأولى في أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، فإن حركة التشريع لم تلبث أن نشطت في القرن الحالي نشاطا كبيرا في المسائل المتروكة أصلا لولاية الدين ، مما كان له اثره في تضيق مدى هذه الولاية الى حد بعيد .

فصدر قانون « المجالس الحسينية » في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، مقننا القواعد القانونية المتعلقة بالأهنية والولاية على المال بين المصريين جسيما دون نظر الى اختلاف دياناتهم . وقد حل محله من بعد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسينية ، الذي لم يلبث أن استبدل به - فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية - القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وهو القانون المطبق حاليا . وصدر كذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضع قواعد جزئية متعلقة ببعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين . وهي مسائل المهر والنسب والحضانة والنفقة

---

= وحدها دون سائر مسائل الأهلية والولاية على المال :  
توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين من المصريين . الطبعة السادسة .  
١٩٦٤ . فقرة ٢٢ ، ص ٨٥ - ٩٥ .

(١) نقض أول أبريل ١٩٤٢ ، المشار اليه في علمش «١» ص ٢٦٧ .  
(٢) راجع مع ذلك فيما يراه بعض الفقهاء من إلغاء هذا القانون وما يقرره من ولاية تحكيمية للشرائع غير الإسلامية في مسائل الموارث والوصايا بقتضى المادتين ١٧٨٥ و ٩٥ من التقنين المدني الحالي . وفي مناقشة هذا الرأي ورفضه :  
كتابتنا أصول القانون سالت الذكر ، هنكس «١» ص ٢٢٨ و ٢٢٩ - توفيق مروج . المراجع السابق . فقرة ١٨ ، ص ٦٨ - ٧٠ .

والطلاق والطلاق ( وقد تم أخيراً تعديل بعض هذه القواعد بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ) . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن المؤازير ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف (١) . والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية . وبصدور كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصدّر الرسمى الأصل اليوم ما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين . ولكن تبقى الشريعة الإسلامية التي استقيت منها تلك القوانين مصدراً تاريخياً أو عاديّاً لإحكامها .

فهذه التشريعات انقضىت من مدى ولاية الدين كمصدر رسمى أصلي حاض للقانون المصرى إلى حد بعيد . ولكنها لم تعدم هيئة الولاية إطلاقاً . فما زال الدين مركزه كمصدر رسمى أصلي فى كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المروك أصلاً للدين . على النحو الذى سبق بيانه من اعتبار ولاية الشريعة الإسلامية - فى هذا النطاق - ولاية عامة (٢) . وولاية الشرائع الدينية الأخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة .

ولم يتغير هذا الوضع بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس النلية أخيراً . فإن المحاكم العادية اليوم - رغم توليها الفصل فيما كان يدخل فى اختصاص تلك المحاكم والمجالس الملغاة من مسائل بالنسبة إلى اجمع على اختلاف الدين - ما تزال تقضى ، كما لا اختلاف عقائد الخصوم ، بالشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى كل منها فى حدود ولايتها .

---

(١) وبمضى أن نعلق الوقف قد شاق فى مصر بصدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى ألغى الوقف على غير النعمان ، وهو المرفوق باسم الوقف الأملى . فلم يبق لكلاً إلا الوقف الخيري وحده ، ولم يبق له تدخل للشرع بما يقتل الخيري من مساويه انطوى للزومة ومن جمود نظامه ( أنظر كتابنا سابق الذكر ، ص ٣٦٦ ، ص ٩٩٨ ، ٩٩٩ ) .

(٢) ولعلنا حرص التشريع المصرى . فى عدد بضع مسائل الأحوال الشخصية المنقطة تشريعت . على إحالة إلى الشريعة الإسلامية إلى جوار النصوص الشرعية المقررة . وم ١/٨٧ صدرت فى شأن المؤازير . وم ٩١٥ صدرت فى شأن الوصية . وكذلك نيمت المذكرة التفسيرية لعمود الوصية . أن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف . وأنه فى هذه الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى إخراج من مذهب الأمام أبى حنيفة . راجع فى ذلك : كتابنا سابق الذكر . ص ٣٦٨ و ٣٦٩ .

## المطلب الثاني

### المصادر الرسمية الاحتياطية

#### ١٤٧ - الحاجة الى المصادر الرسمية الاحتياطية

رأينا أن المصادر الرسمية الأصلية للقانون المصرى هى التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الأصل كل المسائل عموما . والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطاق محدود . فنيا عدا هذا النطاق المحدود الذى يكون الولاية فيه للدين على ما سبق من تفصيل . تثبت الولاية للتشريع أصلا . غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمال الاحاطة ما يواجه كل ما قد يوجد أو يستجد فى الحياة العملية من روابط وعلاقات وأوضاع . فالتقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غيره من المصادر الرسمية . ولذلك توجد المصادر الرسمية الاحتياطية لى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الأصل العام وهو التشريع .

والعرف فى القانون المصرى - كما هو الشأن عادة فى أغلب القوانين الحديثة - هو المصدر الرسمى الاحتياطى الذى يلى التشريع فى المرتبة . فيسند ما قد يوجد فيه من نقص . غير أن القانون المصرى قد أفسح المجال - منذ نفاذ التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ - لمصدر رسمى احتياطى ثان يلى العرف فى المرتبة هو « مبادئ الشريعة الإسلامية » .

ولذلك نقسم هذا المطلب الى وجهين :

الوجه الأول - فى العرف .

الوجه الثانى - فى مبادئ الشريعة الإسلامية .

## الوجه الأول

### المعرف (١)

#### ١٤٨ - تمهيد

المعرف هو أفراد التنفيذ على اتباع سنة معينة في العمل مع الإجماع في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية . أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة نواترا تطبيق العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يفهم باصطلاح « العرف » . فضلا عن ذلك . الدلالة على القاعدة أو السنة هي حمل العقيدة في الزامها على أفراد اتباعها في العمل .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخي اقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك إلى أنه ينكون آتيا من تطبيق ضرورات العمل بمنعزل عن تدخل السلطة الحاكمة في الجماعة . فهو مصدر رسمي فطري وضروري بعضى القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل . خاصة حيث الحياة بدائية . والحفاظ على التقاليد شديدة والنسطة في الجماعة ضعيفة أو غير متركة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, Nos. 109 - 120, pp. 317 - 446. — Lebrun, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, thèse, Caen, 1932. — Koschimbahr-Lynkowski, *Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Hensli capitant*, pp. 403 - 415. — Spach, *Recherches sur la problématique du droit coutumier, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, pp. 277-301. — Waline, *L'individualisme et le droit*, 1940, pp. 240 - 300.

Allen, *Law in the making*, pp. 62-150. — Fray, *The nature and sources of the law*, pp. 202-301.

أحمد حشمت أبو سبكت ، أبحاث في أصول القوانين ، المرف كصدر من مصادر القانون .

مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٧٢ - ٦٨٦ .

فإذا تقدمت المديية وتعقدت الحاجات في الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالزام بالقواعد القانونية ، وإن يقي - الى جانب التشريع - مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع .

ذلك هو دور العرف اليوم في أغلب الدول الحديثة . وليس ينفي ذلك أن العرف ما زال في بعض الدول كإنجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر أصيل للقانون ، وإن يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالتزام به على أساس اطراد المحاكم على الحكم بفواعده ، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمي للقانون . وإن يكن القضاء هناك - نظرا لما للسوابق القضائية من الزام - يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائي .

وينبغي - لئلا يسهل القول في العرف - الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وبخاصة القانون المصري ، وتنصيبه التفاوت في فروع القانون المختلفة .

## ١ - أركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على انبعاث سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها .

ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقو على ركنين أساسيين :

( ١ ) ركن مادي ، يتلخص في اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة .

( ٢ ) ركن معنوي ، يتلخص في توافر الاعتقاد في الزام هذه السنة

وضرورة اتباعها (١) .

---

(١) Gray, op cit., t. No. 110, p. 220.

( ١٨ - المجلد الى القانون )

### ١٤٩ - الركن المادى - أطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن انعرف انما يتكون أولا من العمل بسنة معينة ، وأطراد العمل بهذه السنة وتواتره .

وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها وتولجها الحاجة إليها فى العمل ، فتنشأ فى العمل نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتي ، لا يفتمله أو يفرضه احد كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا . فاتباع الأفراد سنة معينة بأطراد انما يكون محض اتباع ذاتي يندفعون إليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ويتكون أول الامر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع . حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة بأطراد فى هذا الصدد .

فينبغى اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات والاستقرار على اتباع مضمونها ، وينبغى أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الأفراد لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ولكن بمعنى أن تكون عامة فى المكان الذى تتبع فيه بأطراد ، وان تكون عامة بالنسبة للأشخاص الذين تتوجه اليهم ، أى أن توجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطن فى عموم السنة اذن كونها محلية أى قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنية أو طائفية أى قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هى الحال فى العرف التجارى والعرف الزراعى .

وينبغى فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة (١) بمعنى أن يكون قد مضى على أطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعمومها على

---

(١) ومع ذلك ، أنظر فيما يراه بعض الفقهاء من عدم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستورى خاصة :

عبد الحميد متولى : المقتضى فى القانون الدستورى ، الجزء الاول ١٩٥٢ ص ١٦٥ - ١٦٩ .



السواء . وتحديد هذا الزمن أمر تقديرى بحث يتوقف على ظروف عدة ،  
ونذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وتفاوت موضوعها .

ويرى بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> أن العرف ينبغي أن يكون موافقا للنظام العام  
والآداب في الجماعة . وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق إلا في حق العرف  
المحل والعرف المهني أو الطائفي<sup>(٢)</sup> ، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع  
ما يستقر في الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب . أما العرف  
الشامل ، فلا يأتى القول باشتراط موافقته النظام العام والآداب في  
الجماعة<sup>(٣)</sup> ، لأنه هو نفسه - باعتباره متكونا في الجماعة كلها - يسمم إلى  
حد كبير في تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها .

وأيا ما كان الأمر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهى إلى أن  
يكون مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانوني ، وهو بذلك لا يملك  
الاستجابة السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ، ومن هنا يبدو  
تنوق التشريع عليه من هذه الناحية -

والعرف - باعتباره سنة متبعة في العمل باطراد - لا يبدو أن يكون  
مجرد معنى يستخلص مما هو واقع في العمل من التواتر على سير أو سلوك

---

(١) عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبو سبيت . فقرة ٧٣ - سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢  
- عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١١٧ - محمد علي إمام ، فقرة ١١٥ .

(٢) وقد عرّض على محكمة النقض المصرية أمر التثبيت من موافقة الحرف الكنسي القديس  
ينظام الرهبنة - وهو عرف طائفي - للنظام العام ، فضمت بأن « الرهبنة نظام متبع لدى بعض  
الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية » وأن من قواعد الرهبنة -  
أب الاموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح للكا للديعة ، إذ الراسب  
يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كي يحفظ ويربى تربية دينية على حساب الدير وأشيا  
بالنظام الكنسي القديس بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ، بل يكون ملكا للكنيسة .  
وهذا التراضي الذي جرى العرف الكنسي باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام ،  
أحكام القانون في شيء ما » ( نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٢ ، رقم ١٥٥ ،  
ص ٤٢٩ وما بعدها ) - وأنظر كذلك في نفس المعنى : نقض ٣١ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام  
للقض ، ص ١٧ ، ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ .

(٣) إلا أن تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة وخصوصا تشريعية أمرة ،  
وحيث لا يجوز مخالفتها بحرف شامل ، لأن الحرف أدنى من التشريع في المرتبة - كما سنرى .

معين ، ولهذا كثيرا ما يجوز الوضوح والتحديد وان يكن ذلك يزيد في مرونته . وهو يفتقر ، في هذه الناحية ، عن التشريع الذي تقوم سلطة عامة مختصة بسننه وإفراغ معناه في لفظ يحدده فيعطيه الوضوح والثبات ونص قد يقيده فيجسد به عن مساهمة التطور .

#### ١٥٠ - الركن المعنوي - العقيدة في الزام السنة المتبعة

لا يكفي - لتكون القاعدة العرفية - وجودها المادي كسنة يطرد اتباعها في العمل بل ينبغي لها فضلا عن ذلك وجود معنوي أو نفسي ينحصر في قيام عقيدة - في نفس من يتبعون هذه السنة باطراد - بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية (١) . وبغير هذا الوجود المعنوي أو النفسي لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الأفراد - حتى ولو كانوا يجرون على اتباعها في العمل باطراد - حق مخالفتها كما يشاؤون .

وتوافر هذا الركن هو الذي يسمح بالقول بنشوء عرف ، وبتميز العرف بالتالي عما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقية بخاصة على النحو الذي نبينه فيما يلي .

#### ١٥١ - التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية

يتميز العرف أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد في الزامه نفس الزام القواعد القانونية أي من الاعتقاد في وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعي يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميز العرف (La coutume) عن مجرد العادة (L'usage) ، إذ يجتمع للعرف الوجود المادي والمعنوي على السواء أي اطراد السنة والعقيدة في الزامها معا . ولا يجتمع للمادة الوجود المادي وحده دون الوجود المعنوي ، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة

(١) Gény, op. cit., No. 110, pp. 320-321, No. 119, pp. 361-364. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 220-224.

وقيام عقيدة الزام عند الأفراد ، لا يعني أن الأفراد يظهرون بذلك إرادتهم في إنشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا إراديا . ( أنظر : Lebrun, Thèse précitée, No. 223 )

الالزام وإن كانت مطردة في العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الأفراد في العمل اتباعا لا يقرم على عقيدة الزامية في ضرورة مراعاتها أو احترامها وإنما هو محض اتباع اختياري من جانبهم .

ومن هنا فلا تسرى السادة في حق الأفراد سريان العرف في حقهم ، فالعرف وهو قاعدة قانونية ، يلزم الأفراد ببقائه دون توقف على إرادتهم . أما العادة - وهي مجرد واقعة مادية أى مجرد سنة تتبع عادة في العمل دون أن تسند لها عقيدة في الزامها - فلا تكون لها قدرة على الزام أى فرد كان ، إلا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر إرادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون الزام العادة الزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ملزمة ، وإنما هو الزام ناشئ من التزام بعض الأفراد بها وقبولهم اتباعها بمحض إرادتهم واتفاقهم . أى أن العادة لا يمكن الزامها في قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وإنما يستمد هذا الالزام من إرادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على وصف العادة بما يفيد ذلك وتسميتها بالتالى باسم « العادة الاتفاقية » *L'usage conventionnel* .

ومن أمثلة العادة ما يطرد عليه العمل في بعض المدن من أن المستاجر هو الذى يتكفل بشمن استهلاك المياه ، وما يطرد عليه العمل على عكس ذلك في مدن أخرى من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الشمن (١) . وكذلك ما تجرى به العادة ، في بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ما تجرى به العادة من توزيع الارباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال ونسبة الثلث للشريك الذى قدم العمل .

---

(١) ولا يمنع وجود نص - كص المادة ٢/٥٦٧ من القانون المدني المصري - بشأن من يتحمل بهذا الشمن من المتعاقدين ، من أعمال السادة ولو كانت مخالفة للنص . طالما أنه نص مكمل لا آمر ، وطالما ثبتت انصراف إرادة المتعاقدين - ولو انصرافا ضمنا مستخلصا من الظروف - إلى الأخذ بالعادة ( انظر كتابنا سابق الذكر ، هامش «١» ص ٢٢٨ ، وقولنا : عبد الفتاح عبد الباقي ، هامش «١» ص ١٥٩ - وانظر بوجه علم في قدرة العادات الاتفاقية - نتيجة انصراف الإرادة إلى الأخذ بها - على مخالفة القواعد القانونية المقررة أو الكلمة بما يمنع من تطبيقها :

فينبغي للأخذ بحكم المادة اذن انصراف ارادة المتعاقدين الى التقييد والالتزام بها انصرافا صريحا - أو كما هو الضال - انصرافا ضمنيا يستخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والفرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملتهما السابقة (١) . فاذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين صراحة ولا ضمنا الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفرق المادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكملة (٢) ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المكملة ملزمة - على العكس من ذلك - بانصراف ارادة المتعاقدين عن مخالفتها (٣) .

وإذا كانت القواعد العرفية - ككل القواعد القانونية - اما قواعد أمرة (٤) واما قواعد مكملة ، فقد تدق التفرقة بين العادة الاتفاقية وبين القاعدة العرفية المكملة . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالتزام في الثانية دون الأولى ، فان التمييز بينهما يظل قائما على الأساس الذي أقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المكملة بوجه عام . فبينا لا تلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدين الى الأخذ بها ، اذ بالعرف المكمل - على النقيض من ذلك - يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

ويراعى أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية ، وإن كان يترخص في تسميتها غالبا باسم العرف . وحيث تستمد العادة الاتفاقية

---

(١) Gény, op. cit., No. 131, p. 424.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ - عبد الختج عبد الجباري . فقرة ١٢٥ ، ص ١٦١ .

(٢) انظر عكس ذلك :

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1906, No. 114 p. 191.

(٣) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 131, p. 423.

(٤) من أمثلة القواعد العرفية الأمرة ما كان موجودا في مصر من قبل من قواعد عرفية مثبتة للأجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف في بعض الدول بسيرة الزوجة بلقب زوجها .

الزائما من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الاخذ بها(١) .

ومهما يكن من أمر التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت أن العادة تنتهي في كثير من الأحيان الى أن تصير عرفا حينما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية في اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أي حينما ينفصل الالتزام الذي يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما عاما يقوم على عقيدة عامة في وجوب احترام السنة التي تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ، فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها(٢) .

#### ١٥٢ - آثار التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية

إذا كانت التفرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو السابق ، من كون العرف ينشئ قاعدة قانونية بينما العادة تعتبر مجرد واقعة مادية يأتيا الالتزام من ارادة المتعاقدين وقصدما الالتزام بها ، فانه تنبئ على هذه التفرقة نتائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيما يلي :

( ١ ) من حيث المفترض أو عدم المفترض العلم بالمفسون : لما كان العرف ينشئ قواعد قانونية وكان المبدأ هو افتراض العلم بالقانون ، فيفترض بالتالي علم المخططين بالعرف بأحكامه ، بحيث لا يقبل من أحدهم - كمبدأ عام - الاعتذار بجهل هذه الأحكام . أما العادة الاتفاقية ، وهي مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة الا من ارادة المتعاقدين ، فلا يفترض العلم بها ، بل يلزم - لامكان تطبيقها - أن يكون المتعاقدان على علم بها وبينه منها ، بحيث لا تطبق إذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، إذ في هذه الحالة

(١) في هذا المعنى :

سليمان مرفس ، فقرة ١٤٦ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٨ - محمد علي امام ، فقرة ١٢٠ .

وأنظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ .

(٢) Olney, op. cit., No. 123, pp. 430, 461.

لا يمكن أن تكون إرادتهما قد انصرفت إلى التقيد بأحكامها(١) .

( ٢ ) من حيث سلطة القاضي في التطبيق : يكون القاضي - باعتباره مكلفا بتطبيق القانون - ملزما من تلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه منشئا لقواعد قانونية في الدعاوى المرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به . بينما ينبغي التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لامكان تطبيق القاضي لها في حقهم ، إذ هي في مقام الشرط الصريح أو الضمني في العقد .

( ٣ ) من حيث الإثبات : إذا كان من الواجب التمسك بالعادة الاتفاقية لامكان تطبيق القاضي لها كما رأينا ، فيقع على من يتمسك بها من الخصوم واجب اثباتها(٢) ، فيثبت وجودها المادي كسنة مطردة في العمل ثم يثبت انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد بأحكامها(٣) . أما العرف فعلى العكس من ذلك ، لا يقع اثباته على الخصم الذي يطلب تطبيقه ، لأنه قاعدة قانونية لا يرتفع تطبيقها بتمسك الخصوم بها ، والمفروض في القاضي العلم بالقواعد القانونية. فلا يملك تكليف أحد منهم بإعلامه بها أو إثباتها له .

ورغم ذلك ، فلتن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، إلا أنه ينبغي التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضي من معرفة العرف ، إذ التشريعصوص مدونة في وثائق معلومة ومنشورة ، بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل في الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر معه التصبير على القاضي بالزامه الإحاطة بها إحاطة شاملة كاملة ، خاصة وهو غالبا عرف محلي أو طائفي يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجل ذلك يكون للقاضي أن يتوصل بكل الطرق

---

(١) Gény, op. cit., No. 132, p. 425.

(٢) Gény, ibid.

(٣) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ١٥٣ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٥ . ص ١٦٢ .

وقارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٤ ، الإثبات ، آثار الالتزام-

١٩٥٦ ، فقرة ٢٨ .

الموصلة الى الوقوف على العرف : فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطلب تطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام بإثبات وجودها وتحديد مضمونها ، بل الغالب فى العمل أن يبادى هذا الخصم فيقوم بإثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الإثبات (١) .

وللقاضى كذلك - اذا كان العرف خاصا بمهنة معينة - أن يستدل على وجود العرف بالرجوع الى أهل الاختصاص فى هذه المهنة . فهو فى العرف التجارى مثلا يستتير بما تعطيه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة فى هذا الشأن (٢) . ولا يعنى ذلك أن مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضى بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الآخر حق الطعن فيها وإقامة الدليل على عكسها ، والقاضى من فوق ذلك يفصل فى الأمر بما له من سلطة تقديرية .

( ٤ ) من حيث رقابة محكمة النقض : القاضى مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود العادة الاتفاقية أو بتطبيقها ، لأن العادة الاتفاقية - وهى مجرد واقعة مادية - تعتبر مسألة موضوعية لقاضى الموضوع الراى الأعلى والنهائى فيها ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره (٣) .

أما العرف ، فينبغى كمبدأ عام ، أن يخضع حكم قاضى الموضوع - بشأن وجوده وبشأن تطبيقه على السواء - لرقابة محكمة النقض ، لأنه ليس الا قاعدة قانونية ، فيكون لمحكمة النقض - وهى الرقابة على صحة تطبيق القانون - حق التثبيت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل

---

(١) فى هذا الحى :  
Gény, op. cit. No. 118.

(٢) فى هذا الحى :

مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٢٢ .

(٣) فى هذا الحى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٢٧ ، فقرة ١٧

ص ٨٥ و ٨٦ .

منازعة ، وحق التثبيت كذلك من صحة تطبيق قاضي الموضوع اياه حين يكون وجوده بمثابة عن الخلاف .

واذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، الا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعة فيه . فقضت محكمة النقض الفرنسية بمكسسه منذ قديم ، وشايعها في قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين في القرن الماضي ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التي تحيل فيها نصوص التشريع صراحة على العرف ، ليس ثم رقابة لمحكمة النقض على قضاء الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه<sup>(١)</sup> .

ولكن تطرف هذا الرأي وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التي تظل متروكة لقضاء الموضوع دون معقب<sup>(٢)</sup> .

واذا كان هذا الرأي يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجب من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، الا أنه لا يستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث لا يزال يترك لقضاء الموضوع السلطة النهائية في التثبيت من وجود العرف . ولا تنهض الحجج المقدمة في هذا الشأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفة عن تطبيقه<sup>(٣)</sup> ، فالتسليم باعطاء محكمة النقض حق الرقابة على صحة تطبيق

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201.

(٢) راجع في الإشارة الى هذا الرأي في القانون الفرنسي .

Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.

واظر في الأخت به في القانون المصري :

حلف فهدى وحيد حلف فهدى ، المراجع السابق ، فقرة ١٧ ص ٨٦ و ٨٧ - عبد الحميد

فرج الصمد ، الآليات في المواد المدنية ، فقرة ٢٤ .

(٣) فمن ذلك ما يقال من أن التثبيت من وجود العرف مسألة موضوعية لا مسألة قانونية .

ما يوجب أن يستأثر بها نهائيا قاضيها الأميل في قاضي الموضوع . ولكن القواعد العرفية =



## ٥٠

العرف . فلهذا مطلقاً وبذاتة وجوب كفايتها فلا من وجود هذا لغيره الذي  
تعرض لرقابة صحة تطبيقه .

وبذلك نستطيع أن نؤكد ما استدلنا من حق محكمة القضاة في إصدار  
وقايعها على الأحكام القضائية فيما قلنا به من وجود العرف بين تطبيقه على  
المسألة الأولى .

## ٢ - أساس قوة القيد القضائية

### ١٠٧ - استقلال القدر في أساس قوة العرف

لما لم يمتنع لغيره زكاه . لكنه لا يفي من قوة السمع على صحة حقيقة  
في البداية . وذلك لعدم من الاستناد في التزام هذه القسمة . فوجدته من  
قائمة قانونية منزلة في المقامدة العرفية . إلى أن تتصلب من أساس قوة  
العرف الملائمة في من الأساس الذي يحصل من العرف شكلاً مائلاً أو مستوراً

« كعدم قوة قانونية . كقوة الشرعية مؤداً . وما » « لا خلاف في حقيقة  
محكمة القضاة في التمسك من وجود قوة الصريح التي قلنا بها قائمة بالعرف . ولكن قد  
يكون القول كذا في شأن القوة العرفية التي تفسر بها في كونها قوة قانونية . وقد قد  
يجز من ذلك ما قد يستلزم التمسك من وجود القوة العرفية من قلنا طبق كونها لا يملك  
هذه القسمة من وجود القوة الشرعية .

ومن الخاطئة أن يقال إن محكمة القضاة تفرق في صحت القوانين وهو غير صحيح . فإنه  
لما كان من الطبيعي أن يستلزم على محكمة القضاة . وهي ليست محكمة وقائع . بل هي محكمة  
في وقائع المعنى في من الوقائع التي يكون منها أساس القوة القانونية . فليس يصح معها .  
أن يكون من وجه . اعتماد من الوقائع لقوة العرفية التي يملك بها الصريح في  
صحة تطبيقها . فاستدلنا من رقابة تطبيق القانون . كقضاياها فيما التمسك من وجودها وتطبيق  
ذلك مسألة تامة . من ذلك أن يكون هذا القسمة الصريح لقوانين الدولة كالتسليم .  
تتضمن في ذلك أن يكون العرف في الصريح هو مصدره .

وأما في ذلك على حقيقة ما يقال من حاج العرف :  
كما ساق الذكر . من ١٢٤ و ١٢٦ .

والأمر في الآتية هذا الذي في القانون المصري خاصة :

« في المراتب التسلسلية . الوسيط . الوزير . القاضي . من ١٢٦ و ١٢٧ . « من حيث المبدأ  
« نظام الآيات في القانون المصري . من ١٢٦ و ١٢٧ . « من حيث المبدأ . القانون  
القانوني المصري . الجزء الأول . ١٢٨ . « من حيث المبدأ . الجزء الثاني . ١٢٩ .  
« من ١٢٩ »

رسمياً للقواعد القانونية ، وفي هذا الصدد نجد نظريات مختلفة نعرض لها  
ولناقشتها فيما يلي :

#### ١٥٤ - تأسيس الزام العرف على إرادة المشرع الضمنية

أول ما تصادف في هذا الشأن نظرية قديمة<sup>(١)</sup> ، تكاد تكون مهجورة.  
اليوم في الفقه ، تذهب إلى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفاية  
احترامه بقوتها المادية ، بمعنى أن العرف يجد أساس قوته الملزمة في رضا  
المشرع عنه وفي قيامه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد إرادة ضمنية له كما  
يعتبر التشريع إرادته الصريحة .

وواضح أن مثل هذه النظرية إنما تقوم على أساس المذهب الشكلي في  
تصوير القانون ، فقد كان من شأن هذا المذهب اعتبار القانون وليد إرادة  
الدولة ومشيتها ، بحيث لا يتصور وجود القانون دون استناد إلى هذه  
الإرادة أو المشيئة . ومن هنا ، لم يجد الفقهاء الشكليون مغراً - أمام ما يوجد  
من قواعد قانونية ملزمة يجرى بها العرف في الجماعة - من محاولة استناد  
هذه القواعد إلى إرادة الدولة أو المشرع حتى يستقيم منطقهم من افكار صفة  
القواعد القانونية على كل قاعدة لا تخرج من هذه الإرادة . ولذلك كان  
طبيعياً ، حتى يعرفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن  
يعتبروها إرادة ضمنية للمشرع ، إذ ما دام المشرع لا يعترض على العرف  
المتكون في الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الأفراد باحترامه ، فمعنى ذلك  
أن إرادته تنصرف ضمناً إلى إقرار هذا العرف .

ويكفي لرفض هذه النظرية ما قدمناه في تفنيد المذهب الشكلي الذي  
تخرج منه<sup>(٢)</sup> . ويميز هذا الرفض - بالإضافة إلى مساد تصوير القانون  
الذي تقوم هذه النظرية على أساسه - أنها تخالف الثابت المسلم من أن  
العرف كان أسبق في الوجود تاريخياً من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر

(١) انظر خلاصة في الإشارة إلى هذه النظرية :

Gény, op. cit., t. I, No. 114. & Lehrun, thèse précitée, Nos. 146-148.

(٢) راجع ، سابقاً ،قرة ٤٧ .

مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له او رضاه عنه . وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة في الجماعات البدائية التي لم تكن قد عرفت المشرع بعد(١) .

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمناً ، وإنما - كما سنرى - على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة . فالعرف إذن لا يكون ملزماً لأن الدولة تقره وتطبقه ، وإنما تقوم الدولة بتطبيقه لأنه ملزم بذاته من قبل .

#### ١٥٥ - تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعي »

يستند هذا التأسيس الى تصوير المذهب التاريخي للقانون(٢) ، القائم على أن القانون ينشأ ويتطور آلياً نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع باعتباره العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعي » الذي يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة . وبذلك أنتهى المذهب التاريخي الى أن يستند قوة الزام العرف الى « الضمير الجماعي »(٣) ، وإن جعل هذا الضمير - في تأسيس هذه القوة - محل « ارادة المشرع » التي كان يتصكب بها المذهب الشكل(٤) .

وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخي من فضل - من هذه الناحية - في إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون(٥) ، وكمصدر سابق في الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة . ولكن الحكم على نظريته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظرته الى تكوين القانون . وقد أظهرنا

---

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 180.

(٢) راجع سابقاً ، فقرة ٦٥ .

(٣) Gény, op. cit., No. 115, p. 341.

(٤) Lebrun, thèse précitée, No. 180.

(٥) Lebrun, thèse précitée, No. 180.

عبد الرزاق السنهوري وحملت أبو ستيت ، فقرة ٧٥ .

من قبل ما في هذه النظرة من مقالة وقصور (١) . فضلا عن أن تأسيس الزام  
العرف على « الضمير الجماعي » لا يفيده أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة  
« الضمير الجماعي » من غيوض وإبهام يجعل وجود هذا الضمير معلا  
للمشك (٢) .

#### ١٥٦ - تأسيس الزام العرف على احكام القضاء

( ١ ) عرض نظرية الأساس القضائي لازام العرف : وتم نظرية أخرى  
تذهب الى أن أساس قوة العرف هو قضاء المحاكم بتطبيقه ، اذ ترى أن الزام  
العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وانما ينشئه القضاء انشاء ويطبقه فيما  
يرفع اليه من منازعات . أي أن العرف لا يتكون الا بعد حكم المحاكم به ،  
فالقضاء هو الذي يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية .

وتجد هذه النظرية انصارا كثيرين ، ليس فقط في القانون الانجليزي  
حيث قد تلتبس تأييدا لها في نظام السوابق القضائية المألوف في هذا  
القانون . بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسي  
من نظام السوابق القضائية .

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها لامير  
Lambert (٣) . فهذا الفقيه يستقرى الشاويخ ، ليخلص الى أن العرف  
في الجماعات البدائية لم يخرج - خلافا للشائع - من المادة الشسمية  
L'usage populaire وانما خرج من احكام الكهنة القضاة Les prêtres - Juges  
الذين كانوا يستمدون سلطتهم في القضاء من صفتهم الدينية ، نظرا لاختلاط  
القانون بالدين حينئذ . ولم يتغير الحال من بعد ، حين أصبح انقضاء مدنيين

(١) انظر سابقا - فقرة ٦٦ .

(٢) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 244. — Lebrun, thèse précitée, No. 102.

Lambert, La fondation du droit civil comparé, t. I, 1903. (٣)

ونظر كذلك في عرض نظرية هذا الفقيه :

Walton, op. cit., Nos. 105-107, pp. 274-282. — Lebrun, thèse précitée,  
Nos. 104-105.

يستمدون سلطاتهم في القضاء من الدولة لا من الدين . فاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية (عرفية) لا يكون إذن تلقائيا ، إذ مصالح الأفراد مختلفة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قواعد حكم علاقاتهم لا يد بالتالي وان تكون متباينة ، ولا ينحسم الأمر الا بتدخل سلطة اجتماعية هي السلطة القضائية . فاذا اطردت أحكام هذه السلطة واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذي ينزل الجميع عند حكمه ، سواء كان ذلك عن اقتناع أو عن تسليم ، امام ما لهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة . وبذلك لا يأتي اجتماع الأفراد وتضافرهم على العمل بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها . ولا ينفي هذا التصور أن القضاء لا يتحكم في فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ، وانما يستلهم في فرضها الاتجاهات والأفكار السائدة في الجماعة حينئذ ، اذ يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد في الجماعة من عادات مختلفة مبهمة مجردة من القيمة القانونية (١) . فاذا كان للجماعة دور اذن في شأن هذه القواعد ، فغير ليس على أي حال دور الخالق السابق ، وانما هو دور المنظم اللاحق .

( ٢ ) مناقشة ورفض نظرية الأسس القضائي لازم العرف : ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة . فليس ثم ما يقطع تاريخيا بان العرف قد استمد الزامه من أحكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية . بل يبدو من المسلم أن بعض القواعد العرفية - على الأقل - قد تكون كقواعد قانونية ملزمة من قبل تدخل القضاء (٢) ، او حتى دون حاجة الى هذا التدخل (٣) كما هو الشأن في بعض قواعد العرف المهني (٤) .

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار أن وظيفته هي تطبيق القانون ، تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكي يستطيع من

---

(١) Waline, op. cit., No. 187, pp. 282, 283.

Léves, thèse présentée, No. 197. — Gény, op. cit., t. II, No. 182, (٢) p. 286.

(٣) Waline, op. cit., No. 182.

Marty et Raguard, op. cit., t. I, No. 114. (٤)

بعد القيام بوظيفته في تطبيقه ، وليس من الطبيعي كذلك أن يكون ما يستند اليه القضاء ويطبقونه في منازعات الأفراد هو ما يضمنونه بأنفسهم من قواعد<sup>(١)</sup> .

فالقضاء إذن لا ينشئ العرف ، لأن العرف إنما ينشأ في الجماعة وتقوم العقيدة في الزامه في أذهان الناس ، ثم يجرون على اتباعه من قبل أن يرفع الأمر إلى القضاء . فإذا رفع الأمر إلى القضاء وحكم بالعرف ، فهو إنما يحكم بقاعدة قانونية موجودة أصلاً ، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة ينص من النصوص المدونة . أي أن القضاء لا ينشئ العرف أو يخلقه بحكمه به ، وإنما هو يكشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة . ومتى كان العرف موجوداً ، أصبح القضاء ملزماً بتطبيقه ، إذ يجد نفسه أمام قاعدة قانونية ملزمة ، ووظيفته هي تطبيق القانون . ومن هنا فليس صحيحاً القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطيقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطيقه لأنه موجود . وبذلك لا يكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به ، وإنما يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف .

( ٣ ) دور القضاء في تحديد مضمون العرف وتوسيع قوته الملزمة :  
إذا كان جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup> يتفقون على رفض هذه النظرية لما قدمنا من أسباب ، ولا يعترفون للقضاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه ، فإن دور القضاء من هذه الناحية لا يزال - رغم ذلك - غير منكور في تحديد مضمون العرف وفي تعزيز قوته الملزمة على السواء .

فالعرف - كما سبق البيان - يعوزه غالباً الوضوح والتحديد لأنه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة ملزمة . فإذا طلب إلى القضاء تطبيقه ، أتاحت الفرصة لازالة الضموض والابهام عنه ، إذ يتوفر القضاء على تمحيص حقيقة العرف للوصول إلى استقصاء معناه الحقيقي كما

Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 206.

Waline, op. cit., Nos. 162-165. — Gény, op. cit., t. I, No. 116, p. 386; t. II, No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

يوجد في الجماعة والحكم طبقاً لهذا المعنى ، فكان القضاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديدته .

وكذلك فللقضاء دور كبير في تدعيم قوة الزام العرف ، فلئن كانت هذه القوة كامنة في عقيدة الأفراد بحيث لا يخلقها القضاء ، الا انها تجدد التطبيق المعلن لها على يد القضاء ، مما يزيد في تأكيدها وتدعيمها واقبال الأفراد على احترام العرف<sup>(١)</sup> .

### ١٥٧ - قوة الزام العرف الذاتية

فالثابت اذن أن العرف لا يستمد قوته للزمة ، لا من المشرع الذي يرضى عنه أو الدولة التي ترصد قوتها على كفاية احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعي ، ولا من القضاء الذي يحكم بقواعده . وانما للعرف - كما يتجه الفقه الحديث - قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده<sup>(٢)</sup> حين لا يوجد تشريع كما في الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا - والنقص فيه طبيعي وفطري - كما في الجماعات الحديثة . فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة في حكم السلوك فيها ، وفي التصدي لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

وفضلاً عن ذلك فقد يسهم في اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للتقديم من التقاليد من حرمة وهيبة في النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ، وما تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار في المعاملات من تطبيق السنة التي جرى الناس على اتباعها زمناً طويلاً باعتبارها سنة ملزمة ، وما في العرف - وهو الذي يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون

(١) في هذا المعنى :

Marty et Reynaud, *ibid.*

Gény, *op. cit.*, I, No. 118, p. 345 — Lebrun, thèse précitée, No. 212. (٢)

— Rouhier, *op. cit.* No. 1, p. 2.

( م ١٩ - الممثل الى القانون )

يه على السواء - من قرينة على تحقيق العدل وإقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة (١) .

## ٢ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون

### ١٥٨ - نظم العرف في القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظنت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الأخرى التي ما لبثت أن ظهرت الى جواره . ثم انتشرت المدنية وتعددت حاجات الجماعات ومطالبها ، مما عجز معه العرف عن الاحتفاظ بمركزه الاسمي بين المصادر الرسمية ، فنخل عنه . واحتله التشريع بدلا منه فأصبح اليوم - في أغلب الدول الحديثة - هو أول مصادر القانون الرسمية وأهمها . ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية التشريع الا في بعض دول محدودة وظروف خاصة بها .

وفي أعص نول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانوني ، تستحيل مسايرة المذهب التاريخي في منطقته من تقديم العرف عليه في المرتبة وتمكينه من مخالفته أو الغائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه ، فمثل هذا النظر يتنافى مع المذهب الاجتماعي - السائد في العصر الحديث - بما دفع اليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية .

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسه تجعله أضعف من التشريع ، فهو مصدر انتاجه القانوني بطيء لا يسمف الجماعات الحديثة في الاستجابة لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة . وقواعده ينقصها الوضوح والتحديد . مما يتعذر معه تحقيق النظام والأمن والاستقرار في المعاملات . وتكوينه القاتبي دون إرادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعه ، لا يؤمن معه إسراره أو شططه أو انعدام التناسق بين قواعده . فمن هذه النواحي



تظهر أفضلية التشريع على العرف ، إذ تجتمع له - بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة - سرعة الانتاج القانوني ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده .

#### ١٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصري

وأيا ما كان الامر ، فلا خلاف في القانون المصري على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، إذ ينص للمشرع المصري صراحة على وضع التشريع في المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية ، ومن بعده يأتي العرف لاكمال ما قد يقوم بالتشريع من نقص ، مما يجعل العرف مصدرا رسميا تكميليا للمصدر الرسمي الأصلي وهو التشريع . فالمادة الأولى من التقنين المدني المصري الحالي - بعد أن تحيل القاضي أولا الى نصوص التشريع في فقرتها الأولى - تعود في فقرتها الثانية بتمدد المصادر الأخرى التي يلتبس فيها القاضي القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف في مقدمة هذه المصادر ، إذ تقول : فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف . . . .

والعرف على هذا النحو يعتبر في القانون المصري مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه في حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص .

#### ١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبنى بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون المصري أن العرف لا يملك كقاعدة عامة إلغاء التشريع أو مخالفته ، وإن كان التشريع - على العكس من ذلك - يملك مخالفة العرف والفاصل . وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدني على أنه : لا يجوز القضاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق . . . ففنى عن البيان - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين في هذا الشأن - ان النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي

بمقتضى عرف لاحق (١) . وإذا كان واضحاً عدم قدرة العرف على إفساء التشريع ، فعدم قدرة العرف على مخالفة التشريع أمر يحتاج إلى تفصيل . ويقتضى التمييز بين التشريع الأمر والتشريع الكمل .

( ١ ) عدم قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الأمرة :

الثابت الآن أن العرف - كبدأ عام - لا يملك مخالفة التشريع أو إلغاءه . وهذا المبدأ - فيما نرى - مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الأمرة ، ما يعنى منها مصالح خاصة ، وما يعنى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء . فلا نقر ما يراه بعض الفقهاء (٢) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الأمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة لأن مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الأمرة الأخرى تعلقاً بالنظام العام فلا يجوز الترخس في مخالفتها أو إلغائها إلا بنصوص تشريعية أمرة كذلك .

لما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة . للنصوص التشريعية الأمرة (٣) فنقول لا يمكن التسليم به على إطلاقه . إذ لا يمكن بحال من الأحوال - والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف - تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الأمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص .

إنما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الأمرة ، إذ الواقع أنه ليس فى ذلك إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع . ذلك أن الأمر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى . والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لأنه هو الأصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص ،

(١) مجوعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى . ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ، و فقرة ١٦٧ . ص ٢١٨ ، ملحق ٥١ - سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، الموضع السابق .

فحيث لا توجد قواعد خاصة في المسائل التجارية ، لا يبقى مناصي من الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في المعاملات الخاصة للأفراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانونى المدني ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة (١) .

فاذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدنى . اذ لا محل لتطبيق القانون المدني وهو القاعدة العامة عند وجود العرف . التجارى وهو القاعدة الخاصة - وانما تقاس مرتبته فقط الى القانون التجارى ، وتظل متأخرة عن نصوصه الآمرة - كما هو المبدأ العلم - بحيث لا يجوز له مخالفتها أو الناقضاها (٢) .

وعلى أى حال فالمرجع المصرى يصرح فى نصوص مختلفة من التقنين المدنى بتغليب العرف التجارى - فى المجال التجارى - على النص المدنى . الأمر . فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تقاعد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الاصيل اذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة : ( م ١٠٨ ) ، وعلى أن يحظر تقاضى فوائد على متجدد الفوائد أو مجاوزة مجموع

(١) فى هذا المسمى :

Gény, op. cit., t. I, No. 120, p. 412. — Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, No. 42.

كتبنا سابق الذكر ، ص ٢٥٧ - ٢٥٩ - مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢ ، ص ٢٧ و ٢٨ .

وانظر عكس ذلك : حسين شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة ٣١ - اكرم الخو . قانون التجارة اللبناني الممارن ، بيروت ، ١٩٦٦ ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) ولذلك لا نقر ما يقبله اليه بعض الفقهاء ( سليمان مرقس ، فقرة ١٥٤ ) من تجويز مخالفة العرف التجارى نصوص القانون التجارى الآمرة ( غير المختصة بمصالح الدولة الأساسية ) .. وفياسهم على ذلك العرف المدنى لقولهم بإمكان مخالفتها كذلك نصوص القانون المدنى الآمرة المماثلة . فهذا الراى يتعارض مع صريح نصوص القانون المصرى ( انظر كذلك فى انطاق هذا الراى : عيد الفتاح عيد البباني ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ حاشى ١٤ ) -



المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك ، •

وغنى عن البيان أن العرف إذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع  
الكلمة ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى الفناء تلك النصوص • فقيام عرف  
مخالف لتلك النصوص إنما يحيل محل اتفاق الأفراد وقراضهم على  
خلاصها (١) ، فلا يكون له من الأثر إلا مجرد استبعاد تطبيقها دون الاعتماد إلى  
الفانها (٢) ، إذ العرف - كما قلنا - لا يملك الفناء التشريع باعتباره أدنى  
مرتبة منه •

#### ٤ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة

إذا كان مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون يأتي بعد التشريع  
مباشرة ، فإن نصيبه - كمصدر رسمي تكميل للتشريع - يتفاوت بتفاوت  
فروع القانون •

#### ١٦١ - القانون التجارى

العرف انصب ما يكون فى نطاق القانون التجارى ، حيث النصوص  
التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة  
المتطورة ، أو حيث تتنحى النصوص التجارية قصدا عن تناول بعض المسائل  
تاركة إياها للعرف • ومن أمثلة قواعد العرف التجارى القديمة افتراض  
التضامن بين المدينين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد  
من المدينين بكل الدين ، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات  
المدنية من أن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى  
القانون ( م ٢٧٩ مدنى ) • ومن أمثلة العرف التجارى كذلك وخاصة فى  
شان الحساب الجارى جواز تقاضى فوائد على متجدد الفوائد وتجاوز مجموع

(١) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وإنما هو مجال المعادلات الاتفاقية.  
انظر : *Obss. op. cit.* t. I, No. 126, p. 401; No. 122, pp. 426, 427.

وانظر سابقا ، حاشية «١» ، ص ٢٧٧ •

(٢) فى هذا المعنى :

ميد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ •

«الفوائد راس المال» ، وذلك خلافا للمقرر في شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك ( م ٢٢٢ مدني ) • وكذلك من قواعد العرف التجاري قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجاري<sup>(١)</sup> •

### ١٦٢ - القانون المدني

ليس نعرف نصيب وافر في القانون المدني ، وإن تكن النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا • ومن أمثلة العرف في العلاقات المدنية القرينة العرفية في مصر على اعتبار أثاث المسكن ملكا للزوجة المسنة ، وهي مؤسسة على الغالب في العمل من أن تجهيز مسكن الزوجية بالاثاث إنما تتكفل به الزوجة المسنة أو أهلها ، ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز إقامة الدليل على عكسها • وكذلك ما يزال العرف يجرى في مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن نكتسب حسن استعمال لقب الزوج • بينما يجرى العرف في كثير من الدول الغربية وخاصة في فرنسا ، على اكتساب الزوجة - إلى جوار لقبها الأصلي - لقب الزوج بمجرد الزواج<sup>(٢)</sup> •

### ١٦٣ - القانون الدستوري

ليس حظ العرف بالضئيل في نطاق القانون الدستوري<sup>(٣)</sup> • فبعض الفقهاء في مصر كانوا يبررون حق السنطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط والبوليس في ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك<sup>(٤)</sup> •

(١) راجع في قواعد العرف التجاري •

مصطفى كمال طه ، ص ٢٨ •

(٢) J. Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 55, pp. 187-189.

(٣) راجع في العرف الدستوري وأنواعه وقوته :

عبد الحميد متولى ، الفصل في القانون الدستوري ، ص ١٨٥ - ٢٠٢ • - سعد محفور ،

مقدمة القانون الدستوري ، ١٩٥٤ • ص ٨٣ - ١٠٦ •

(٤) انظر سابقا ، فقرة ١٣٠ ص ٢٤١ - ٢٤٢ •

## ١٦٤ - قانون العقوبات

أما قانون العقوبات ، فليس للعرف فيه - بوصفه مصدرا رسميا -  
أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات (١) .  
فتم قاعدة أساسية في قانون العقوبات تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا  
بناء على قانون » . وتحرم الدساتير عادة على النص عليها صراحة -  
كالدساتير المصرية المتناقبة - تأكيداً وكفالة للحريات الفردية . وعلى ذلك -  
فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه ، لا يكون أمام  
القاضي إلا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الى العرف لسد نقص التشريع .  
والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب (٢) .

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث  
يوجد نص تشريعي بالعقاب على جريمة ، يكون الالتجاء الى العرف متصورا  
على سبيل الاستثناس بصفته معينا على تفسير النص (٣) وتحديد مضمونه أى  
بصفته مجرد مصدر تفسيري .

---

(١) في هذا المعنى :

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصري الجديد ، الطبعة  
الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ .

(٢) في هذا المعنى :

Salitire Ono, Les sources du droit pénal, Recueil d'études sur des  
sources du droit, en l'honneur de F. Gény, t. III, p. 279.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق  
السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويحذر حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم  
سائق السيارات الجانب الأيمن من الطريق دائما » . واستطردت فقوت أن « مخالفة هذا  
العرف تنطبق بها مخالفة لائحة السيارات التي تنص على أنه لا يجوز سائق السيارات بسرعة أو  
بكييفية يتجمل عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » . نص ٦ أبريل  
١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الأولى ، رقم ١٢٣ ، ص ١٦٦ . ومن ذلك يتبين وجود  
نص تشريعي بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات . وما كان رجوع محكمة النقض الى  
العرف إلا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التي يتجمل بها خطر على حياة الجمهور  
أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذي تصاقب عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف  
من جانب محكمة النقض رجوعا اليه بوصفه مصدرا رسميا منشأ لجريمة أو فارضا لعقوبة ،  
وانما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيري تستعين به على فهم مضمون النص التشريعي الموجود .  
أصلا ( أنظر كتابنا سابق الذكر ، عايش «١» ص ٣١٢ - ٣١٣ ) .

## الوجه الثاني

### مبادئ الشريعة الإسلامية

١٦٥ - ادراج « مبادئ الشريعة الإسلامية » بين المصادر الرسمية

للقانون المصري ، باعتبارها المصدر الاحتياطي الثاني الذي يلجأ إليه

أشرنا من قبل إلى أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا  
للقانون المصري في نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال  
الشخصية . فهي الشريعة ذات الولاية العامة في هذا النطاق بالنسبة إلى  
المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية ، فلا يخرج عن ولايتها العامة  
في هذا الشأن إلا بعض مسائل محدودة تدخل استثناء في ولاية الشرائع  
الدينية الأخرى .

ولم يكن للشريعة الإسلامية اعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون  
المصري فيما وراء هذا النطاق - غير أن المشرع المصري - وفاء منه بحق هذه  
الشريعة التي ظلت طوال قرون عديدة شريعة البلاد الأولى - انتهى إلى  
اعتبارها في التقنين المدني الحالي ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية التي  
تكمل نقص التشريع ووضعها في المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد  
العرف (١) ، إذ قضى بأنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم  
القاضي بمقتضى العرف » فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة  
الإسلامية . . . ( م ٢/١ ) .

---

(١) رغم أن التقنين المدني السوري أخذ عن التقنين المدني المصري اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية ، إلا أنه خالفه في تحديد مكانها بين هذه المصادر إذ جعلها مقفلة على العرف لا تالية له ( م ٢/١ ) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين إلى أن ذلك لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمنهج رسمي مبادئ بعد التشريع ، لأن مبادئ الشريعة الإسلامية أصبحت من أعراف البلاد ( انظر : عدنان القوتل ، الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٠ ، متن وعلش ١٥ ص ٢٦٦ و ٢٦٧ . و نس ٢٤٥ ) . ولكن من الواضح ما في هذا التصريح ، رغم مهادته ، من خروج على النص وعلى قصد المشرع السوري .



وعلى هذا النحو ، تعتبر الشريعة الإسلامية - فيما عدا النطاق المتروك - أصلا لولاية الدين - مصدرا رسميا تكميليا يأتي في المرتبة التالية للعرف - وذلك بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين على السواء ، بمعنى أنه عند عدم وجود نص في التشريع يلجأ القاضي أولا الى العرف ، فان لم يجد لجأ - بعد ذلك الى مبادئ الشريعة الإسلامية (١) - . والمقصود بذلك هو مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب . دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء (٢) ، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تضارب مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصري الوضعي الحالي (٣) لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تناقضها (٤) .

---

(١) فالرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية موهون بعدم وجود نص في التشريع أو قاعدة في العرف . لذلك اتفقت بحق الرأي القائل ( شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، فترة ٩٢ ) باعتبار بيع ملك الغير عقدا موقوفا وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ، لوجود نص تشريعي صريح في التقنين المدني المصري ( م ٤٦٦ ) يجعل هذا البيع عقدا قابلا للإبطال ، مما يتبين منه أعمال هذا النص دون رجوع الى العرف ولا الى مبادئ الشريعة الإسلامية من باب أولى ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع - البيع والمقايضة ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١ ) .

(٢) كان نص المشروع النهائي للمادة ٢/١ من التقنين المدني يقتضي بأن يكون رجوع القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية « دون تحيد بملذهب معين » . ولكن اعتراض على ذلك في لجنة مجلس الصيوخ المؤلفة لبحث المشروع ، لما تستتبعه هذه العبارة من اضطراب في الأحكام لاختلاف المذاهب الإسلامية اختلافا بينا فيما بينها . وانتهت اللجنة الى حذف هذه العبارة ، استنادا بأن المقصود هو الرجوع الى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ، وهذه المبادئ الكلية لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية ( مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني - ج ١ ، ص ١٩٠ ) .

(٣) كان نص المشروع النهائي للمادة ٢/١ من التقنين المدني المصري يقتضي بأن يكون رجوع القاضي الى مبادئ الشريعة الإسلامية « الأكثر ملاءمة لتصوص هذا القانون » . ولكن اعتراض على ذلك بأن التضارب بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين نصوص القانون لن يحدث ، لأن الشريعة الإسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية . وانتهى الامر الى حذف هذه العبارة ، لأن حكمها موهوم في حدود فكرة الملازمة ( المرجع السابق ، ص ١٩١ و ١٩٢ ) .

(٤) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٩ .

وإذا كان المشرع المصري في التقنين المدني الحالي قد جعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضي الرجوع إليه بعد العرف وقبل الالتجاء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقيا بإيجاد مجال لتطبيق الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup> مما قد يكون له أثره في انهاض الفقه الإسلامي وأحيائه<sup>(٢)</sup> ، بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد ، فينبغي أن يراعى - رغم ذلك - أن الالتجاء إلى الشريعة الإسلامية لن يتأتى في المصل الا نادرا - ذلك أن التشريع - وهو المصدر الرسمي الأول للقانون المصري - قد غدا في العصر الحديث غزير الانتاج وسريع على السواء ، مما لا يدع مجالا كبيرا للالتجاء إلى العرف وهو المصدر الذي يليه في الترتيب مع أنه مصدر حي معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها ، وبالتالي ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذي يلي العرف في المرتبة وهو مبادئ الشريعة الإسلامية ، وخاصة في وضعها الراهن الذي ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها . هذا فضلا عما قد يكون هناك من تضارب بين بعض مبادئ هذه الشريعة وبين المبادئ العامة للقانون الوضعي المصري الحالي .

وإذا كان دور « مبادئ الشريعة الإسلامية » باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا محدودا على هذا النحو ، فإن دورها كمصدر تاريخي أو مادي يستقى منها المشرع المصري أحكامه ، ما يزال دورا بارزا في بعض مسائل محدودة مثل الوقف واليراث والوصية وبعض مسائل الأحوال الشخصية والشفعة . غير أنه اعترافا بقدر الشريعة الإسلامية وفضلها ، زاد المشرع المصري أخيرا

---

(١) من ذلك امكان الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية في اعتبار التعريف الذي يعطيه الوكيل محالفا في ذلك حدود وكالاته تصرفا موقوفا ، فلا لا يوجد نص تشريعي يمنع من ذلك (عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨٦) . وكذلك الشأن في مجازاة الورث بالمعنى الواسع حدود ولايته على مال عديسي الإحلية ونافسيها .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٨ .

من مدي هذا الدور إذ نص دستور ١٩٧١ على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع (٢م). ثم أصبح هذا الدور أكثر بروزاً بتدخل هذا النص بموجب الموافقة الشعبية على الاستفتاء الذي أجري في ٢٢ مايو ١٩٨٠ ، بحيث أصبح النص يقتضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع . ومقتضى ذلك أن على المشرع أن يستلهم في المقام الأول مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يسن من تشريعات في المستقبل (١) أي منذ نفاذ التصديق المذكور (٢) . والتشريعات التي تصدر مستوحاة من مبادئ الشريعة الإسلامية على هذا النحو يكون

(١) ويوجب استلهم مبادئ الشريعة الإسلامية قد فرغ الدستور على المشرع ، بحيث إذا علقه بمن تشريع متعارض مع تلك المبادئ ، فإنه يقع بذلك في محذور عدم الدستورية ( في هذا المعنى ، المحكمة الدستورية العليا ٤ مايو ١٩٨٥ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا ج ٢ ، ص ٢٠٩ - ٢٧٤ ) .

ولكن لا يكون مبادئ الشريعة الإسلامية واجبة الاستلهم ليعمل دون تدخل المشرع . حيث لا يسن المشرع تشريعات جديدة ، بل سلك ما لا يملك التناهي إحلال نفسه محله باستبدال قواعد قانونية جديدة مستوحاة أساساً من تلك المبادئ ، وتطبيقها على النزاع المطروح إليه ، ولا أي ذلك - كما تقول محكمة النقض - في « الفصل بين التزم التدخل بتطبيق القانون الوضعي وبين التنازع القواعد القانونية ( الفقيه ) » وفي مع حدود ولاية ( نفس ٢٣ يناير ١٩٨٢ ، للدورة الثانية للقواعد القانونية التي ترونها محكمة النقض ، الاصدار الثاني ، العدد الثاني ، مجلد ٢ ، قرة ٢٠١٤ ، ص ١٥٨٧ - ١٥٨٣ ) .

(٢) أما التشريعات السابقة على نفاذ هذا التصديق ، فلا تخضع للتدخل ، واختياراً لتقليل غير دستورية لما كانت مخالفة أو متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، رغم أن على المشرع واجب مراجعة تلك التشريعات بما يزيل عنها المخالفة أو للتعرض لتلك المبادئ ، إلا أن مسؤولية في حال التقصير في ذلك هي أساساً مسؤولية سياسية لا تعود مشروعة تلك التشريعات السابقة ولا يجب استمرارية تطبيقها إلى حين تعديلها وتبويبها ( في هذا المعنى ، حكم المحكمة الدستورية العليا ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الذكر ) . ولذلك فتمت المحكمة الدستورية العليا في الحكم المذكور بأن الأخطاء بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من القانون الثاني بخصوص قواعد التأمين تلبسها على أنها قواعد رابعة مبررة شرعاً طبقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية هو إعدام في غير محله ، بالنظر إلى أن المادة ٢٢٦ مدي المذكورة سابقة في الوجود على نص المادة الثانية من الدستور التي قد المشرع بوجود استلهم مبادئ الشريعة الإسلامية أساساً فيما يسن في المستقبل من تشريعات ، وذلك لأن كان وجه الرأي في تعرض المادة ٢٢٦ مع تلك المبادئ .

وتجدر الإشارة ، على أي حال ، إلى أنه رغم أن النصوص التشريعية السابقة على نص المادة الثانية من الدستور التي لها كنف شرعية حتى ولو كانت متعارضة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك إلى أن يتم إلغاؤها أو تعديلها تشريعاً من بعد ، فإن الأخطاء أو التداخل قد يحدث ضريباً في حال صدور تشريعات جديدة موافقة لمبادئ الشريعة الإسلامية ، تتعارض مع تلك التشريعات السابقة وذلك في حدود قواعد إلغاء القواعد ( أنظر لاحقاً ) قرة ١٨٢٢ .

التشريع هو المصدر الرسمي لأحكامها ، بينما تبقى مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدرها  
المادي (أو التاريخي ) الرئيسي (١).

---

(١) في هذا المعنى :

الطبعة الثالثة من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، ص ٣٠١.

سليمان مرسى ، الوفاي في شرح القانون المدني ، المدخل إلى علوم القانونية وشرح الجلب الميسر لتفنين اللوم  
الطبعة الخامسة ، ١٩٨٧ ، قرا ١٥٨ ، ص ٤٤٧.

وقارب :

سمير تاجر ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨٦ ، قرا ٧٥ ، ص ٢٢٢.

الفرع الثاني  
تطبيق القاعدة القانونية



# مقدمة

## ١٦٦ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون

إذا تكونت القاعدة القانونية على التفصيل السابق بيانه ، فيبقى تطبيقها في العمل ، والسلطة القضائية المثلة في المحاكم هي التي تختص بمثل هذا التطبيق . وتعني الدساتير عادة بالنص خاصة على استقلال هذه السلطة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، دون سلطان عليهم في ذلك لغير القانون وضمانهم .

وقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظراً لظروف تاريخية وتقليدية معينة . ولظروف التاريخية التي ولدت الامتيازات الأجنبية فيها منذ تبعيةها للدولة العثمانية (١) . جعلت أول الأمر مقاضاة الأجانب التابعين للدول ذات الامتياز طبقاً لقوانين بلادهم وأمام محاكمهم الفصلية . ثم أنضمت بعد ذلك « المحاكم المختلطة » سنة ١٨٧٥ للنظر في المنازعات ذات الصالح الأجنبي . ورغم أن هذه المحاكم كانت تستند الى السيادة الوطنية للدولة وتعكم باسمها وتطبق قوانينها ، الا أنها كانت تمثل انتقاصاً من الاستقلال الحقيقي للدولة ، وتعكس بذلك على الصعيد القضائي صورة الاحتلال الأجنبي على الصعيد السياسي . وكذلك فإن الظروف التقليدية التي ولدت الامتيازات الجائفة (٢) للطوائف الدينية غير الاسلامية ، أوجدت الى

(١) انظر في تاريخ نظام الامتيازات الأجنبية وتطوره في مصر :

محمد زكي ، اصول القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٤ ، فقرة ٤٠٨ وما بعدها . - محمد عبد المنعم رباح ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

(٢) راجع في أصل وتطور نظام الامتيازات الجائفة في مصر :

Issam Boghdadi, *Origine et technique de la distinction des statuts juridique et réel en Egypte (Etude de droit comparé)*, Thèse, Le Caire, 1952.

حسن بنفاد ، الاختصاص التتريفي والقضائي بالنسبة لجواريت غير المسلمين ومساكنهم ، مجلة الطرق لبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الأولى ، المجلد الثالث ، ص ٦١٣ وما بعدها .

( م ٢٠ - المختل في القانون )

جانب المحاكم العادية محاكم دينية تبعا لتعدد الأديان والمذاهب والملل الطائفية ، بكل ما يحمله ذلك من معنى الانقسام الطائفي بين الوطنيين أنفسهم في شأن مسائل الأحوال الشخصية خاصة (١) .

وقد نجح المشرع المصري في التخلص من هذا التعدد القضائي الحبيب في الحالتين . فتم له أولا إلغاء المحاكم المختلطة منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (٢) . ثم استكمل أخيرا الشق الباقى ، فألغى المحاكم الشرعية والمجالس المالية والطائفية المتعددة وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وبذلك تم توحيد جهة القضاء العادى ، دون نظر إلى اختلاف الجنسية أو إلى اختلاف العقيدة الدينية (٣) .

غير أن المشرع المصرى ، بإنشائه مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، خلق - إلى جوار جهة القضاء العادى - جهة قضاء إدارى مستقلة تختص بالصل فى المنازعات الإدارية . ورغم ما يعنيه ذلك من ازدواج الجهة القضائية فى الدولة ، إلا أنه ازدواج مفهوم ومبرر لابنائه على أسس موضوعية ، إذ تتميز المنازعات الإدارية - عن بقية المنازعات الأخرى العادية - بطبيعة خاصة مستقلة تستدعى تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى .

والى جوار ذلك . أنشأ المشرع المصرى فى أواخر سنة ١٩٦٩ ، المحكمة العليا ، وأعطاه اختصاصات متعددة متباينة . ثم جاء الدستور المصرى الجديد لسنة ١٩٧١ مقررا إنشاء المحكمة الدستورية العليا إلى صدر تنظيمها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، وبذلك حلت هذه المحكمة محل المحكمة العليا .

---

(١) وذلك ليس لحسب فيما يتعلق بالمحاكم التى يتقاضون أموالها . بل وكذا فيما يتعلق بالتقاعد القانونية التى يخطون لها إذ كان محمدا أبى تتعدد هذه التقاعد وتختلف تبعا لتعدد ولائها الطائفى على ما سبق البيان .

(٢) كانت اتفاقية « منثرو » الموقعة بين مصر والدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ هى التى مهدت لذلك . الامتيازات فى مصر من الجانبين التشريعية والقضائية .

(٣) صحب هذا التوحيد التقائى توحيد فى القانون المطبق بين الوطنيين والأجانب بالنسبة للتقنيات المختلطة المختلفة . ولكن ظل التعدد قائما - أمام المحاكم العادية - صراحة الاختصاص القضائى الوحيد اليوم - فى شأن التقاعد القانونية التى تحكم بعض مسائل الأحوال الشخصية والتي تختلف باختلاف العقيدة الدينية كما سبق البيان .



## ١٦٧ - جهة القضاء المدني

تعتبر هذه الجهة هي جهة القضاء ذات الولاية والاختصاص العام ، الذي يشمل في الأصل بالنسبة للجميع كل المسائل والمنازعات ، فيما عدا المنازعات الادارية التي تختص بها المحاكم الادارية وفيما عدا ما يستثنى بنص خاص (١) . وفي أعلى السلم المتدرج لمحاكم هذه الجهة توجد محكمة النقض ، ومن تحتها تتدرج المحاكم نزولا الى محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية .

(١) محكمة النقض : هي المحكمة التي تسهر على صحة تطبيق المحاكم العادية للقانون في مختلف المسائل جنائية كانت أو غير جنائية . ولذلك فراقبتها لأحكام هذه المحاكم لا تصرف الى ما تثبته هذه الأحكام من وقائع النزاع ، وانما الى كيفية تطبيق هذه الأحكام للقانون وإزالة على هذه الوقائع . فاذا رأت التطبيق سليما ، أيدت الحكم المطعون فيه أمامها وأبرمته . وإذا رآته غير سليم ، فالأصل - فيما عدا استثناءات قليلة - أن محكمة النقض تحيل النزاع الى دائرة أخرى في نفس درجة المحكمة الصادر عنها الحكم المنقوض لتفصل فيه من جديد (٢) . وتصدر الأحكام من محكمة النقض من خمسة مستشارين (٣) .

(٢) محاكم الاستئناف : لهذه المحاكم صفتان : صفتها كمحاكم درجة أولى ، وصفتها كمحاكم درجة ثانية . فبصفتها كمحاكم درجة أولى ، تنظر ابتداء في قضايا الجنايات في الأصل ، وهي أخطر أنواع الجرائم ، ولذلك تعرف خاصة بهذه الصفة باسم محاكم الجنايات ، ولكنها قد تنظر كذلك في بعض الجنح الهامة التي يدخلها المشرع استثناء في اختصاصها مثل الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا الحضرة بأفراد الناس . وبصفتها كمحاكم درجة ثانية ، تنظر في الطعون المقدمة في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى الأدنى منها في المرتبة في المنازعات التي تمثل نوعا من الأهمية طبقا لما يحدده القانون . وإيا كانت الصفة التي تنظر بمقتضاها محاكم الاستئناف في القضايا ، فإن أحكامها تصدر من ثلاثة من المستشارين (٤) .

(١) م ١٥ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) م ٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٢ لسنة ١٩٦٨ .

(٣) م ٢/٣ من قانون السلطة القضائية سابق الذكر .

(٤) م ٢/٦ من قانون السلطة القضائية سابق الذكر .

(٣) **المحاكم الابتدائية** : تنظر هذه المحاكم بصفتها محاكم درجة أولى في غير المسائل الجنائية في القضايا كبيرة الأهمية التي تتجاوز قيمتها النصاب المقرر لاختصاص المحاكم الجزئية . وبالإضافة إلى ذلك ، تقوم هذه المحاكم - سواء في المسائل الجنائية أو غير الجنائية - بدور محاكم الدرجة الثانية ، فتتظر في الطعون للرقوعة إليها في بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية ، وتصدر أحكام المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة (١) .

(٤) **المحاكم الجزئية** : على خلاف الحال بالنسبة لدرجات المحاكم الأخرى السابقة ، تصدر الأحكام من المحاكم الجزئية من قاضي واحد (٢) . وتنظر هذه المحاكم - في غير المسائل الجنائية - في القضايا قليلة الأهمية التي لا تتجاوز قيمتها نصيبا منها قدره خمسة آلاف جنيه ( م ٤٢ من قانون الآليات ، مدله القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، أو في قضايا محدودة مسبوقة بميثاق القانون . أما في المسائل الجنائية ، فتختص بالنظر في **المخالفات** ، و **الجمع** .

#### ١٦٨ - **جهة القضاء الإداري**

يمثل جهة القضاء الإداري في مصر القسم القضائي في مجلس الدولة الذي يشمل المحاكم الإدارية بالمعنى الواسع والمحاكم التأديبية . وأعمالها « المحكمة الإدارية العليا » ، التي يكاد يماثل اختصاصها - بالنسبة للمحاكم الإدارية الأخرى والمحاكم التأديبية - اختصاص محكمة النقض بالنسبة للمحاكم الصادية (٣) . وأدنى منها توجد « محكمة القضاء الإداري » ، و « المحاكم الإدارية » بالمعنى الضيق ، و « المحاكم التأديبية » .

وقد كانت ولاية محاكم جهة القضاء الإداري مجرد ولاية خاصة قاصرة على ما تخضع لها القوانين من مسائل محددة - تشمل مع ذلك أهم أنواع المنازعات الإدارية - انتزاعا من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلا لجهة القضاء العادي (٤) . وكان هذا الوضع منتقدا ومتناقضا مع الغرض من إنشاء جهة قضاء إداري مستقلة ، مما حدا بالمشروع المصري أخيرا إلى جعل محاكم مجلس الدولة هي المحاكم ذات الولاية العامة في شأن المنازعات الإدارية (٥) .

(١) م ٤/٩ من قانون السلطة القضائية سابق الذكر .

(٢) م ١٤ من قانون السلطة القضائية سابق الذكر .

(٣) م ٢٣ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٤ .

(٤) محد فؤاد مهنا ، دروس القانون الإداري ، ج ٣ ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة .

١٩٥٧ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .

(٥) إذ أخرج قانون السلطة القضائية الجديد - رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ - من اختصاص

## ١٦٩ - المحكمة الدستورية العليا

سألت الإدارة في أن للشرع نقدا المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ . وقد أعطاهم ذلك القرار بقانون اختصاصات لجنة هي : رقابة دستورية القوانين ، وتفسير النصوص القانونية ، والفصل في تنازع الاختصاص والتفويض بين جهات القضاء وأحكامها ، والفصل في وقت تنفيذ أحكام هيئات التحكم في منازعات الحكومة والقطاع العام والخصم للفصل في تلك المنازعات في حال أمرها بوقف التنفيذ (١) .

لم سلت المحكمة الدستورية العليا سأل المحكمة العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ كما سألت الإدارة ، وقد أتي هذا القانون للمحكمة الدستورية العليا الاختصاصات الثلاثة الأولى التي كانت ثابتة للمحكمة العليا مع بعض التعديل ، وحجب عنها الاختصاص الرابع الذي كان متوليا للمحكمة العليا بشأن أحكام هيئات التحكم في منازعات الحكومة والقطاع العام . وقد سبق أن عرضنا للاختصاص الأول الخاص برقابة الدستورية (٢) ، فلا سأل لتكرره في هذا المقام ، فنقتصر على عرض الاختصاصين الآخرين فيما يلي :

(١) الاختصاص بالتفسير : أعطى للشرع للمحكمة الدستورية العليا سلطة تفسير بعض النصوص القانونية بشروط وقود مبينة على النحو الآتي :

١ - لم يخول للشرع للمحكمة الدستورية العليا الاختصاص بالتفسير نصليا من جانبها ولا نتيجة خصومة أو دعوى مرفوعة أمامها ، وإنما بموجب طلب مقدم من وزير العدل ، بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية (م ١١/٣٣) ، وهو ما يكتفل الجدية العامة لتطلب التفسير.

---

الحاكم العليا للمنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة (م ١٥) ، لم يتم تفويض مجلس الدولة بتحديد رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تحديد كذا من المنازعات الإدارية التي يختص بها محاكم المجلس دون غيرها وبطرقا لم يتم منحها على هذا الاختصاص في : سائر المنازعات الإدارية (م ١٠ / ١١) .

(١) نشر الجريدة الرسمية من هذا الكتاب ، ١٩٧٤ ، الجزء ١٦٩ ، ص ٣٠٩ - ٣١٣ .

(٢) نشر الجريدة ، ص ٣٥٧ ونحوها .

٢ - لا يحمل اختصاص المحكمة الدستورية العليا تفسير كل مراتب النصوص القانونية، بل يقتصر حسب علي<sup>١</sup> تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور<sup>٢</sup> (م ٢٦) ، فلا يمتد اختصاص هذه المحكمة إلى تفسير نصوص الدستور (١) ولا إلى تفسير القوانين (٢).

٣ - يجب أن يكون هناك مبرر مقبول لتفسير بعض النصوص القانونية الذي يخص به المحكمة الدستورية العليا ، وهو ما حدده المشرع بأن تكون النصوص المطلوب تفسيرها قد « أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها » (م ٢٦) . ولذلك أوجب المشرع<sup>٣</sup> أن يبين في طلب التفسير ( المقدم من وزير العدل ) النص التشريعي المطلوب تفسيره ، وما أثارة من خلاف في التطبيق ، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه<sup>٤</sup> (م ٢٦/٢٣) ، تلك الوحدة التي هي الهدف من الطلب ومن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير.

وقرارات المحكمة الدستورية العليا بالتفسير في الحدود المتقدمة - ككفل أحكامها وقراراتها - نهائية وغير قابلة للطعن (م ٤٨) . وهذه القرارات - مثل أحكام هذه المحكمة في المسائل الدستورية - ملزمة لجميع سلطات الدولة واللكافة ، وتشر في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها (م ١/٤٩)

ويبدو أن المشرع قد توخى ، من وراء منح المحكمة الدستورية العليا هذا الاختصاص وجعل قراراتها بالتفسير ملزمة ، الاستثناء عن قهانه بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة بإصدار تشريعات تفسيرية . وحتى ذلك أن قيام المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيرا ملزما دون خصوصية محددة قائمة أو دعوى مرفوعة إليها وإنما بناء على طلب من وزير العدل ، شما هو من قبل التفويض للمشرع إياها في إصدار تشريعات تفسيرية ، فيكون لقراراتها بالتفسير قوة الأوامر التشريعية ، ويترتب عليها ما يترتب على التشريعات التفسيرية من آثار.

(١) في هذا الصدد ،

محلفي أبو زيد فهمي ، التفسير المصري ورقابة دستورية القوانين ، ١٩٨٥ ، قسمة ٥٦٩ ، ص ٤٩١ .

(٢) قسمة ٢٦

محلفي أبو زيد فهمي ، الموضع السابق

## (٢) اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص وفي التنازع على التنفيذ

: من المصور أن يقوم تنازع على الاختصاص القضائي نتيجة وجود جهات مسوقة للقضاء ( القضاء العادي والقضاء الإداري ) وللهيئات ذات الاختصاص القضائي ، بل قد يقع ذات التنازع في أكثر من جهة فعلى كل منها من نظره بحجة عدم الاختصاص وهذا هو التنازع السلي ، أو يقع ذات التنازع إلى أكثر من جهة ، فنُدعى ، كل منها اختصاصها بنظره وهذا هو التنازع الإيجابي وفي هذه الحالة الأخيرة قد يصدر حكمان نهائيان متناقضان ، فيشرع راجع حول أي الحكمين أحق بالتنفيذ . بقي هذه الحالات جميعا ، لا تناس من إيجاد جهة يكون لها الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي التنازع على التنفيذ.

وقد أنشأ المشرع لذلك في البداية : محكمة تنازع الاختصاص : المؤلفة من رئيس محكمة النقض رئيسا ومن ستة من المستشارين نصفهم من مستشاري محكمة النقض والنصف الآخر من مستشاري المحكمة الإدارية العليا (١) . لم أحل للمشرع على المحكمة العليا عند إنشائها سنة ١٩٦٩ اختصاص الفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي التنازع على التنفيذ . ثم حل هذا الاختصاص من بعد إلى المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها سنة ١٩٧٩

وينتقد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في التنازع على الاختصاص القضائي وفي التنازع على تنفيذ حكمين متناقضين بناء على طلب يتقدم به كل ذو شأن ( م ١/٣١ و ١/٣٢ ) .

وفي حالة التنازع على الاختصاص القضائي ، يطلب ذو الشأن إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في التنازع الأصلي ( م ١/٣١ ) . وعليه أن عين في الطلب موضوع التنازع وجهات القضاء التي نظره وما اتخذت كل منها في شأنه ( م ٢/٣١ ) . ويرتب على تقديم الطلب وقف الدعاوى القائمة المتعلقة به حتى الفصل فيه من المحكمة الدستورية العليا ( م ٣/٣١ )

وفي حال التنازع على تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين ، عين ذو الشأن - في طلبه المقدم إلى

---

(١) م ١٨ من قانون السلطة القضائية المللي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ .

المحكمة الدستورية العليا بالفصل في ذلك - النزاع القائم حول التنفيذ ووجه التقاض بين المحكمين (م ٢/٣٢) . وعلافاً لما عليه الوضع في حال النزاع على الاعصاص القضائي ، لا يجرب على مجرد تقديم طلب إلى المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ المحكمين المتقاضين وقف التنفيذ . بل يجب أن يقدم أحد من ذوي الشأن بطلب وقف التنفيذ ، ورئيس المحكمة أن يأمر - بناء على هذا الطلب - بوقف تنفيذ المحكمين أو أحدهما إلى حين فصل المحكمة الدستورية العليا في النزاع ( م ٢/٣٢ ) .

وأحكام المحكمة الدستورية العليا بالفصل في النزاع على الاعصاص وفي النزاع على تنفيذ حكمين نهائيين متقاضين أحكام نهائية وغير قابلة للطعن ككل أحكام هذه المحكمة ( م ٤٨ ) . ولكنها - على خلاف أحكام المحكمة المطلقة برقابة الدستورية وقراراتها بالتفسير - ليست لها قوة الأوامر المطلقة بل هي نسيئة الأثر فيما بين الخصوم ، وبالتالي لا تنشر في الجريدة الرسمية.

#### ١٧٠ - منهج البحث

يثير البحث في تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيسيتين : الأولى تعيين نطاق هذا التطبيق ، أى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية تفسير القاعدة القانونية تفسيراً يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ولذلك نقسم هذا الفرع الى باين :

الباب الأول - فى مدى سريان القاعدة القانونية .

الباب الثانى - فى تفسير القاعدة القانونية .





# الباب الأول

## مدى سريان القاعدة القانونية

### ١٧١ - تمهيد وتقسيم

أول ما يمرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذى يمتد سريانها • ومدى سريان القاعدة القانونية إنما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :

**أولاً -** تحديد هذا المدى بالنسبة الى المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسرى فى حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لأحكامها بدعى الجهل بها •

**والثانى -** تحديد هذا المدى من حيث المكان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سريان هذه القاعدة هو الاقليم الصادرة والنافذة فيه أم محل وجود الأشخاص الموضوعات من أجلهم هذه القاعدة سواء كان هو هذا الاقليم أو خارجه •

**والثالث -** تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريانها ، وطريقة حل التنازع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية فى الزمان •

فنفرض لكل من هذه الأمور الثلاثة على التوالى فى فصل على حدة •

# الفصل الأول

على سريان القاعدة القانونية

في حق المخاطبين بأحكامها

## ١٧٢ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون<sup>(١)</sup>

إذا تكونت القاعدة القانونية ، فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية . فهي تسرى في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تطبق على كافة من تتوجه إليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لأحكامها . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف : « لا يفترض في أحد الجهل بالقانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ، أي لا عذر بجهل القانون . فلا يقبل من أي كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها في حقه . فجهل القاعدة القانونية لا يصلح إذن عذرا يمنع أو يعفى من انطباقها على أحد . فهي تسرى في حق جميع المخاطبين بأحكامها . من علم بها ومن جهلها على السواء .

## ١٧٣ - أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود قرينة على علم الأفراد به<sup>(٢)</sup> . ولكن مثل هذا الأساس غير مقبول ، إذ القرائن القانونية - كما سبق البيان - إنما تقوم على حمل الأمر المشكوك

(١) راجع في ذلك بحسبة :

Dereux, Etude critique de l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi", Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 512-564.

وكتابتنا « أصول القانون » . فقرات ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٧٩ ، ص ٢٧٦ - ٢٨٥ .

(٢) انظر بخاصة :

عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبو ستيت ، فقرة ١٢٢ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرات

١٠٢ ، ١٠٣ - سليمان مرقس ، فقرات ٨٧ و ٨٨ - محمد علي امام ، فقرة ١٠٢ .

فيه حمل الغالب والمألوف في العمل بشأله ، وليس الغالب في العمل ولا  
المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها .

ولعل قواعد العمل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعمل الخاص  
يتطلب المساواة العامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا  
يفرق بينهم في وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه  
المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من  
سيادة النظام والقانون في المجتمع ، إذ لو أبيع الاعتذار بجهل القانون  
للأفلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القانون إلا في القليل النادر حيث  
يعلم الناس بأحكامه ، واذن لسادت الفوضى وضاع الأمن وتقوض النظام في  
المجتمع . فضلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة  
الالزام عنها ، إذ يجعل الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القاعدة القانونية  
تميز قبل كل شيء بما لها من الزام ذاتي ينبعث منها ومن وجودها هي لا من  
عامل خارجي عنها كالعلم بها (١) . والواقع أن القاعدة القانونية - بما تقر  
من الزام بمضمونها - تنطوي كذلك على معنى الإلزام بالعلم بها من وقت  
نفاذها .

#### ١٧٤ - متى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

(١) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة إلى القواعد القانونية على اختلاف  
مصادرها : سبق البيان ، عند تفصيل القول في التشريع ، أن نشره في  
الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذي يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة  
بأحكامه ، فلا يقبل اعتذار أحد بجهلها .

ولسكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع  
فحسب ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها  
الرسمي . فالقاعدة العرفية والدينية السائدة ، يمتنع الاحتفاء كذلك

(١) قرب من ذلك :

Report et Besonnes, op. cit., t. 1, No. 12. — Dictionnaire, L'erreur du  
droit, Notes transmissibles du droit civil, même année, 1902, pp. 260.

بجهلها ، كما يمنع الاعتذار بجهل القواعد التشريعية سواء بسواء . بل نقد قلنا ، في صدد الكلام عن العرف ، ان من بين نتائج تمييزه عن العادة ان المادة يجوز الاحتجاج بجهلها لانه لا الزام لها الا بارادة المتعاقدين ، و جهل أحدهما أو كليهما بها يمنع من وجود هذه الارادة ، بينما العرف - باعتباره قاعدة قانونية - لا يجوز الاحتجاج بجهله للأفلات من الخضوع لحكمه (١) .

(٢) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد الأمرة والقواعد المكملة على السواء : يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الأمرة أي على القواعد المتمثلة بالنظام العام والآداب دون القواعد المكملة (٢) . بل ان منهم من يقصر العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتمثلة بالنظام العام والآداب ، كالتوانين الجنائية خاصة (٣) ، أما ما عداها من بقية القواعد الأمرة وكل القواعد المكملة فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها .

ولسنا نرى ما يبرر هذه التفرقة ، اذا ما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة فلا ينبغي الاحتجاج بجهلها للأفلات من الخضوع لحكمها ، لأن الأزام بمضمونها تنطوي على معنى الأزام بالملم بهذا المضمون كما سبقت الإشارة . وغنى عن البيان أن صفة الأزام متوافرة للقواعد الأمرة والقواعد المكملة على السواء ، فالملم بها يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفریق .

(١) انظر سابقا ، ص ٢٧٩ - ٢٨٠ .

(٢) انظر خاصة :

Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, No. 346. — Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, VI, Obligations par Examen, *ibidem* 64-188, No. 121.

عبد الرزاق السنهوري : *نظرية العقد* ، ١٩٣٤ ، فقرة ٣٧٣ ، الوسط ، الجزء الاول فقرة ١٧٤ ، - عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٧٣ .

(٣) سلسون ، *رقس* ، فقرة ٨٨ .

وانظر كذلك في نفس المعنى : الفكرة الإيضاحية للمشروع الصهيوني لتقنين المدني الحالي ، مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ١٥٩ .

فضلا عن أن القول بإباحة الاعتذار بجهل القواعد المكلمة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق إلا في حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، إذ قد يكون سكوتها عن جهل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الأحكام ، لأنه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها في حقهما - فلو قيل بإمكان الاعتذار بجهل القواعد المكلمة ، لما وجدت هذه القواعد إذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لأنها لا تطبق إلا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها . فيستطيع من له مصلحة منهما في عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الأساس - وحينئذ توجد أمام قراغ ما وجدت القواعد المكلمة إلا لسده ، إذ لا توجد إرادة للمتعاقدين من ناحية ، ويمتنع تطبيق القواعد المكلمة من ناحية أخرى .

#### ١٧٥ - الاستثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

من المسلم عند جمهور الفقهاء والمستقر في القضاء<sup>(١)</sup> الاستثناء من هذا المبدأ ، بإجازة الاعتذار بجهل القانون في حال قيام قوة قاهرة<sup>(٢)</sup> - كغضيان أو احتلال أجنبي - تعزل بعض المناطق في الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إليها - وأيا كان الرأي في الاستثناء وتبريره ، فهو من ناحية نادر التحقق اليوم أمام تقدم وسائل المواصلات وخاصة بالطائرات - وهو من ناحية أخرى مقصور على القواعد التشريعية إذ هي وحدها التي تنشر في الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر .

ويضيف بعض الفقهاء إلى هذا الاستثناء المسلم استثناءين آخرين : الأول خاص بحالة إبطال العقد لغلط في القانون ، والثاني خاص بحالة

---

(١) انظر بدمية : نقض ٨ أبريل ١٩٦٥ ، مجبوعه أحكام محكمة النقض ، ص ١٦ ج ٢ .

رقم ٧٧ ، ص ٤٧٦ .

(٢) ويقرر حكم النقض سابق الذكر أنه : إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في قبول اعتذار المطعون ضده بجهله صى المادة ٢٥ من قانون المطبوعات ( الذى يوجب توقيع مطبع على صحف الدعوى ) إلى ما قررته المطبوعة في مذكرتها من أن المدة التي حلت ما بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليطلع المطعون ضده والى المعنى بذلك النص المستبعد . فإن هذا الاستناد خطأ في القانون لأن عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور .

ارتفاع المسؤولية الجنائية عند الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسسة عليها . غير أن هاتين الحالتين لا تمثلان استثناءات حقيقية من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، وذلك على النحو الذي نبينه فيما يلي :

(١) **إبطال العقد لغلط في القانون ليس استثناء من المبدأ** : ينهب بعض الفقهاء إلى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو إمكان إبطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من « غلط في القانون » (١) . فقد ظنوا أن في إجازة إبطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط في القانون (٢) خروجاً على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول الاعتذار بالوقوع في هذا الغلط (٣) . فالوارث مثلاً الذي يبيع حصته في الشركة على اعتقاد أنها الربع في حين أن له نصف الشركة طبقاً لقواعد الميراث ، يكون له حق إبطال عقد البيع للغلط الذي شاب إرادته في قدر الشيء المباع .

والواقع أن هذا الظن خاطئ ، فليس في إبطال العقد لغلط في القانون

(١) في هذا المعنى :

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 12ème éd. 1935, No. 286.

محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الباب المهيبي ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٦ ، ص ٥٦ .

(٢) يسوى المشرع في المبدأ بين « الغلط في القانون » وبين « الغلط في الواقع » من حيث امكان إبطال العقد بسببه ( ١٧٢ مدني ) . ولكن استثناء من هذا المبدأ ، لا يجيز المشرع الغش في عقد الصالح بسبب غلط في القانون ( م ٥٥٦ مدني ) .

(٣) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن طاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما إذا كان الجهل أو الغلط وارداً على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام فيمكن الاحتجاج بالتمسك به لطلب إبطال العقد الذي أثير نتيجة هذا الغلط . ( انظر :

Baudry, *Lacantinerie et Barde*, op. cit., No. 60, p. 100. — Demogue, op. cit., t. I, No. 246, p. 406.

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، فقرة ٢٧٣ ، الوسيط ، الجزء الأول ، فقرة ١٧٤ . ص ٣٠٦ و ٣٠٧ — محمد علي عرفة ، ص ٧٦ ) . ولكن الامثلة التي عثرت في هذا الصدد ويجوز فيها إبطال العقد لغلط في القانون ، يرد الغلط في أغلبها على قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام ( انظر في هذه الامثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, p. 406 .

عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، فقرة ٢٧٤ ) .

في الأمثلة التي يضيرونها أي استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » أو خروج عليه . ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » إنما يعنى أنه لا يمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به ، فهو يطبق على الجميع دون تفرق أى حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها في حقه بحجة جهله بأحكامها (١) . وما دام هذا هو مضمون المبدأ ومناه ، فالاستثناء منه لا يتصور إذن إلا بأعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها عليه . ومن هنا لا يكون في إعطاء المتعاقدين الواقع في غلط في القانون حق طلب إبطال العقد الذى اندفع إلى إبرامه تحت تأثير الغلط ، أى استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، إلا إذا كان في هذا الإبطال منع لسريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط في حق المتعاقدين الواقع في الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك في المثل المضروب . فالواريث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع في غلط في قدر الحصة التى تفرضها له . ثم يطلب إبطال عقد البيع الذى اندفع إلى إبرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل للحصول على الإبطال إلى منع سريان قواعد الميراث في حقه ، فهى تظل سارية في حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية في حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الأمر إلى تمكينه من إبطال بيع حصته الذى اندفع إليه على اعتبار أنها الربع فقط .

ولكن إذا عرضت فروض أخرى ، تحقق فيها غلط أحد المتعاقدين في حكم قاعدة قانونية ، وكان من شأن تمكينه من المطالبة بإبطال العقد لهذا الغلط استبعاد تطبيق تلك القاعدة عليه ، فيجب حينئذ حرمانه من طلب الإبطال لهذا السبب ، والا انتهى الأمر إلى تمكينه من التحجج بجهله للأفلات من انطباق القاعدة عليه ، بما يعنى خرق مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل

---

(١) في هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol.  
t. II, 2ème éd., 1947, No. 208.

( م ٢١ - الفصل إلى القانون )

القانون ، وهو ما لا يجوز . ولذلك لا يجوز للمقرض طلب ابطال عقد القرض المعقود بفائدة تجاوز الحد الأقصى المرسوم للفائدة الاتفاقية بناء على غلظه في حكم القاعدة المقررة لهذا الحد ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع ازالة الفائدة الفاحشة المتفق عليها الى الحد الأقصى المرسوم (١) . وكذلك لا يجوز للمؤجر طلب ابطال عقد الإيجار المعقود باجرة تجاوز الحد الأقصى الذي قرره القانون بناء على غلظه في حكم القانون في هذا الشأن ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انقاص الأجرة المتفق عليها الى حددها الأقصى المقرر (٢) .

(٢) امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء من المبدأ : يذهب القضاء الجنائي الفرنسي الى أن الجهل بأحكام قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسسة عليه ينهض عذرا لهمتهم فيرفع عنه المسؤولية الجنائية . ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كنز في أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه ، جاهلا حكم القانون المدني الفرنسي الذي يملكه نصفه ومالك الأرض النصف الآخر مما يجعله مختلسا نصيب هذا الأخير (٣) .

غير أن ارتفاع المسؤولية الجنائية نتيجة الجهل بحكم قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسسة عليه ، لا يمثل استثناء حقيقيا من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . إذ من ناحية ، لن يؤدي منع العقاب الجنائي نتيجة هذا الجهل الى منع تطبيق القاعدة القانونية غير الجنائية على من وقع في الخط

---

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للائتمام - مصادر الائتمام ، ج ١ ، العقد والإرادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٠٢ . ص ٢٠٤ . - عبد النعم البهراوي ، المدخل للعلوم القانونية . ١٩٦٦ ، فقرة ١٣٣ ، ص ٢٠١ و ٢٠٢ .

(٢) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٣) انظر في هذا المعنى :

Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, Sime éd., 1967, No. 129.



يشأنها ، بل نظل هذه القاعدة رغم ذلك صارية في حقه ومطبقة عليه . ومن ناحية أخرى ، فارتفاع المسؤولية الجنائية ، وامتناع العقاب هنا ليس في الحقيقة الا نتيجة انتفاء القصد الجنائي وهو ركن أساسي من أركان الجريمة ، اذ لا يتحقق هذا القصد هنا الا بالملم بحكم قاعدة معينة غير جنائية ، وما دام مرتكب الجريمة يجهل هذا الحكم فلا يتوافر عنده حينئذ القصد الجنائي الى ارتكابها (١) .

والخلاصة مما تقدم ، أنه لا يوجد استثناء حقيقي من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون الا استثناء وحيد ، هو ذلك المتحصر في قيام قوة قاهرة تحول دون وصول الجريمة الرسمية الى بعض المناطق في الدولة .

---

(١) وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية فيما قضت به من أنه حيث « ان الزوجين اذ أقعدا على الزواج ، لم يكونا عليهما تحريم الجمع بين المرأة وابنة اختها ، شأنهما في ذلك شأن ساهدي القصد » . وحيث أنه وقد انتفى القصد الجنائي ( في جريمة التزوير ) - لم تقم بيناته ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها ( نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ ، مجموعة عس ( جنائي ) ، ج ٦ ، رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧ ) .

انظر في تأييد هذا الحكم : كتابنا سالف الذكر ، هامش ١٥ ، ص ٢٧٩ - ٢٨١ .  
ولكن قارن :

السعيد مصطفى السعيد ، الإحكام العامة في قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٢٨٧ - ٢٨٨ .  
محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ،  
فقرة ٧٢٩ ، ص ٧٢٥ .

## الفصل الثاني

### حق سريان القاعدة القانونية في المكان

#### ١٧٦ - مشكلة السريان المكاني

إذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه إلى جميع الخاططين بأحكامها دون استثناء ، فلا يمتنع سريانها في حق أحدهم بحجة الجهل بها ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكاني لهذا السريان .

وتحديد المدى المكاني لسريان القاعدة القانونية لا يثير أي صعاب في نطاق جماعة منزلة لا يوجد في اقليمها الا المنتمون اليها دون الأجانب ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين اليها وبين الأجانب ، إذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحده في حدود اقليمها دون أن ينازعه في السريان أي قانون آخر .

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضاً وهمياً يكاد يستحيل تحقيقه في العمل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العلاقات بين الأفراد في مختلف الدول ، بل ووجود طائفة من الأجانب في اقليم كل دولة ، فعينئذ يقوم التساؤل عما إذا كان قانون الدولة يسرى في كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والأجانب المقيمين في هذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطانه وسريانه على الوطنيين وحدهم فلا يمتد الى الأجانب الذين يظنون خاضعين لقوانين دولهم ؟ وكذلك يقوم التساؤل عما إذا كان قانون الدولة يسرى في حق الوطنيين المقيمين خارج الاقليم فيتمتعهم في أي مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم وإنما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟ .

والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كما هو واضح بين مبدئين : مبدأ الإقليمية حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيها دون نظر الى

جنسية الأشخاص المقيمين فيه ، ومبدأ الشخصية حيث يتحدد سريان القانون بجنسية الأشخاص التابعين للدولة النافذة فيها دون نظر إلى مكان وجودهم. هل هو داخل إقليم الدولة أو خارجه .

#### ١٧٧ - مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية (١)

قلنا ان سريان القاعدة القانونية إما سريان اقليمي وإما سريان شخصي .

**أما السريان الإقليمي للقاعدة القانونية** وهو ما يعبر عنه بمبدأ الإقليمية القانون (Territorialité de la loi) فيقصد به - من ناحية - سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل الإقليم وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه ، ويقصد به - من ناحية أخرى - عدم سريانها على كل ما يقع خارج حدود هذا الإقليم . فإذا قلنا مثلا أن القانون المصري اقليمي التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه وحده الذي يسرى على كل ما يقع في أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها ، مصريين كانوا أو أجانب ، وأنه لا يسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الأشخاص المقيمين خارج مصر ولو كانوا مصريين .

**وأما السريان الشخصي للقاعدة القانونية** ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ شخصية القانون (Personnalité de la loi) فيعنى سريان القاعدة القانونية في دولة معينة على الأشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدود إقليمها وعدم سريانها على الأجانب حتى ولو كانوا مقيمين في إقليمها . فإذا قلنا مثلا ان القانون المصري شخصي التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الأجانب حتى ولو كانوا موجودين في مصر .

والواقع أن مبدأ الإقليمية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة

---

(١) انظر في ذلك مقدمة :

\* *Buttiefel, Traité élémentaire de droit international privé, 1946, Nos. 9 et 2.*

محمد زكي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٤٤ ، فقرة ٦٩ وما بعدها .

فى اقليمها ، مما يحد منه تطبيق قوانين الدول الأخرى على ما يقع فى اقليمها  
هى اعتداء على سيادتها • ولما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أساس  
ما للدولة من سيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لما يربطهم بها فأن  
رابطة لا تنقيد أو تتحدد بمكان معين •

وقد تفاوت منذ القدم الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول (١) • فبعضها  
أخذ بمبدأ اقليمية القانون ، وبعضها الآخر أخذ بمبدأ الشخصية • ولكن لم  
يكن الأخذ بمبدأ المبدأ أو ذاك فى دولة من الدول الا من حيث الأصل  
فحسب ، مع فتح الباب لاستثناءات تطبق المبدأ الآخر فى حالات خاصة •

#### ١٧٨ - مدى السريان المكاني للقانون المصرى

يطبق القانون المصرى فى الأصل تطبيقا اقليميا • ولكن هذا الأصل  
ليس مطلقا ، إذ تحد منه استثناءات معينة •

**أولا - مبدأ اقليمية القانون المصرى :** المبدأ العام المقرر هو اقليمية  
تطبيق القانون المصرى ، استنادا الى ما للدولة من سيادة على اقليمها ،  
فالأصل إذن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين فى  
مصر أيا كانت جنسيتهم ، ولا تطبق خارج مصر حتى على المصريين •

غير أن التطبيق الإقليمى الكامل يقتضى وحدة القانون الوطنى المطبق داخل  
حدود الدولة . ووحدة الهيئة أو الجهة القضائية التى تطبق هذا القانون •  
ولم يتح دائما تطبيق مبدأ اقليمية القانون تطبيقا كاملا فى مصر ، فقد  
انتقصت الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية من كمال التطبيق الإقليمى  
للقانون المصرى (١) • ولكن انتهى هذا الانتقاص من ناحية ، بإلغاء الامتيازات  
الأجنبية سنة ١٩٤٩ • وانكمش هذا الانتقاص ، من ناحية ثانية ، فيما يتعلق  
بالامتيازات الطائفية ، حيث أصبح منحصرا اليوم فحسب فى تعدد القوانين  
المطبقة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية تبعا لتعدد العقائد الدينية ،  
بعد أن توحد الاختصاص القضائى دون نظر لاختلاف الدين وتم إلغاء المحاكم  
الشرعية والمجالس المليية المتعددة منذ سنة ١٩٥٥ • ولما كان هذا الأمر الباقى

لا يعنى الانتقاص من كمال التطبيق الاقليمي للقانون نفسه ، بل كمال الانتقاص من الوحدة الوطنية في أسس مظاهرها ، فاننا نطعم في أن يخطر المخرج المهرى في القرب الخطوات اللازمة للقضاء على هذا الانتقاص .

#### لانيا - احوال الخروج الاستثنائي على مبدأ اقلية القانون المهرى :

إذا كان المبدأ العام هو تطبيق القانون المهرى تطبيقاً اقليمياً على ما رأينا ، فان هذا المبدأ ليس مطلقاً ، إذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق هذا القانون داخل اقليم الدولة أو تحد هذا التطبيق الى خارج هذا الاقليم ، وإذا كان الغالب أن تؤدي هذه الاستثناءات الى شخصية تطبيق القانون ، إلا أن ذلك لا يتحقق دائماً . إذ قد تؤدي بعض الاستثناءات الى تطبيق القانون تطبيقاً عينياً (١) ، بحيث يتحقق الخروج على مبدأ اقلية ولكن ليس لصالح فكرة الشخصية ، كما يحصل - وخاصة في شأن تطبيق بعض قواعد قانون العقوبات - عندما يتقرر تطبيق القانون الوطنى على من يأتى فعلاً أو جرماً خارج اقليم الدولة حتى لو كان غير وطنى وغير مقيم في الدولة ، لجرد مساس هذا الفعل أو الجرم بمصلحة أساسية للدولة . ونعرض فيما يلى لأهم أحوال الخروج الاستثنائي على مبدأ اقلية القانون المهرى ، أيا كانت نتيجة هذا الخروج .

(١) أهم ما يورد من استثناء على مبدأ اقلية القانون المهرى ، هو ذلك الناشئ عن أعمال قواعد القانون الدولى الخاص المهرى أى قواعد الاسناد المهرية . فهذه القواعد - كما سبق البيان - تعين القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات المنصر الأجنبى . وهى قد تعين قانوناً أجنبياً - دون القانون المهرى - فيما يقع في اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الأجنبى حينئذ خروجاً على مبدأ اقلية القانون المهرى . فمثلاً تقضى هذه القواعد بأن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث ( م ١٧ مدنى ) ، فإذا توفي فرنسى في مصر ، فالقانون الذى يطبق بشأن تركته هو القانون

(١) راجع في التطبيق العيني للقانون :

صمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام - النظرية العامة للعبرة -

١٩٦٢ ، فتراث ١٠٨ و ١٢٨ ، ١٢٠

الفرنسي استثناء من مبدأ الاقليمية الذي كان يوجب تطبيق القانون المصري .

ومن ناحية أخرى ، فقد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون المصري - استثناء من مبدأ اقليميته - على ما يقع خارج مصر . فطبقا لقاعدة الاسناد السالفة الذكر ، يطبق القانون المصري على تركة المصري الذي يتوفى ويترك اموالا في الخارج .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصري استثناء ثان خاص ببعض الحقوق العامة أو السياسية كحق الانتخاب وحسب الترشيع للهيئات النيابية ، وبعض الواجبات أو الالتزامات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية . فمثل هذه الحقوق والواجبات - وهي خاصة بالانتماء الى الوطن - لا يتصور أن تسرى القواعد القانونية المقررة لها الا في حق الوطنيين وحدهم دون الاجانب ، فلا تطبق اذن تطبيقا اقليميا بل تطبيقا شخصيا .

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القانون المصري ، فهو الخاص بالعقاب على بعض الجرائم التي ترتكب أو تقع خارج مصر . فمثلن كانت القاعدة هي اقليمية قانون العقوبات المصري كما هي الحال في اغلب الدول ، الا أن من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة في بعض الحالات ، سواء بما يؤدي الى عينية تطبيق القانون المصري أو بما يؤدي الى شخصيته .

فقد استلزم الدفاع عن كيان الدولة المصرية اعطائها حق العقاب بمقتضى قانونها على ما يرتكب في الخارج من وطني أو اجنبي من جرائم تخل بأمنها ، أو بالثقة في اوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقة في نقدها عن طريق تزيفه ( م ٢ - ثانيا عقوبات ) . وظاهر أن تطبيق القانون المصري هنا ، استثناء من مبدأ الاقليمية ، هو تطبيق عيني ، بالنظر الى مساس هذه الجرائم بكيان الدولة ومصالحها الأساسية ، بحيث يجيء هذا التطبيق رغم ارتكاب الجريمة في الخارج ودون النظر الى جنسية مرتكبها(١) .

(١) راجع في عينية تطبيق القانون المصري في هذه الحالة :

حمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، فترات ١٢٨ - ١٣٠ ، ص ١٤٥ - ١٤٧ .

وفى أحوال أخرى ، يتقرر الخروج على مبدأ اقليمية قانون العقوبات .  
المصرى ، بما يؤدى الى التطبيق الشخصى لهذا القانون . فمن ذلك ما يقرره  
المشرع المصرى - ومصر كأغلب الدول لا تسلم رعاياها - من انقساب وفق  
قانون العقوبات المصرى على ما ارتكبه المصريون فى الخارج من جنایات أو جنح  
إذا عادوا الى مصر تهربا من العقاب ، حتى لا تكون هذه المودة منجاة لهم .  
منه ( م ٣ عقوبات ) (٢) .

---

(٢) انظر فى هذه الحالة :

محمد نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فترت ١٢٦ - ١٢٨ ، ص ١٤٧ - ١٥١ -

## الفصل الثالث

### مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان

١٧٩ - تقسيم

يشير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان مسألة انتهاء هذا السريان ، وهو ما يتم بإلغاء القاعدة القانونية • فإذا ألغيت قاعدة قانونية لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القاعدتين على حكم الأوضاع والآثار القانونية التى ابتدأت فى ظل القاعدة القديمة وما زالت مستمرة فى ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع ، وكيف تتحدد ولاية كل من القاعدتين المتعاقبتين فى الزمان ؟

على هذا النحو ، نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول - فى إلغاء القاعدة القانونية •

المبحث الثانى - فى التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان •



## المبحث الأول

### الفناء القاعدة القانونية

١٨٠ - تمهيد

يقصد بالفناء القاعدة القانونية (١) إنهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء . والأصل أن القاعدة القانونية إذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهي تظل سارية مفعولا بها حتى يحصل الفسخ أو قانونا . ويترتب على الفناء القاعدة القانونية إما احلال قاعدة قانونية جديدة محلها وإما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها .

والفناء القاعدة القانونية إما الفناء صريح وإما الفناء ضمنى . وقد أشارت المادة الثانية من التقنين المدني المصري الحالى لهذين النوعين من الانشاء فى شأن القواعد التشريعية . ولكن الافناء لا يصدق فى حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق فى حق القواعد القانونية جميعا أيا كان مصدرها (٢) . فنعرض فيما يلى للأنشاء الصريح ، ثم للأنشاء الضمنى .

(١) يجب التفرقة بين الافناء (L'abrogation) وبين البطلان أو الإبطال (L'annulation) . فهما وإن كن وسيلتين لاستقلال القاعدة القانونية ، إلا أنهما مختلفان فى السبب وفى الآثار على أنسواء . ذلك أن الافناء إنما يرد على قاعدة قانونية مستقلة شرائطها وأركانها الجوهرية ، لا لتكسر قابعا من قبل أو الطعن فى صحتها ، ولكن لانتهاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة إليها من بعد أو لاستبدال قاعدة أخرى بها تكون أكثر ملاءمة ، ولذلك لا يستتبع أثر الافناء إلا مندر حصوله ، فلا يكون له آثار على ما تم من تنفيذ القاعدة القانونية قبله . أما البطلان أو الإبطال ، فلا يتأتى إلا نتيجة انتهاء وكن أو شرط جوهرى من أركان القاعدة القانونية أو شرائطها ، بحيث تعتبر معيبة وكان لم تكن ، ومن هنا ، كان الأصل أن يبطلان القاعدة القانونية أو بإطالها أثرا وجعيا .

(٢) عرفت الفرية الإسلامية خاصة نظرية الإلغاء فى شأن قواعدما وأحكامها ، تحت اسم نظرية « النسخ » واستبها على قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها لأت بخير منها أو مثلها » ( أنظر فى نظرية النسخ فقهاء الأصول وخاصة : أبو اسحق الشافعى ، المالكية فى أصول الشريعة ، شرح الاستاذ محمد ابن عوف ، ج ٣ ، ص ١٠٢ - ١١٨ - وأنظر كذلك فى عبد الله سلم الوصول لعلم الأصول ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ - ٢٥٦ ) .

يتحقق الإلغاء الصريح (*L'abrogation expresse*) بصدور قاعدة أو قواعد قانونية جديدة تقضح عن نسخ قاعدة أو قواعد قانونية قديمة .  
ومثاله نص المادة الأولى من القانون الحالي بصدور القانون المدني المسمى  
الحالي على إلغاء القانون المدني الأهل والقانون المدني المختلط والاستعاضة  
عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون .

وقد يتحقق الإلغاء الصريح كذلك بقوات المدة معينة لسريان القاعدة  
القانونية ، فقد تدعى ظروف وأحوال خاصة إلى توقيت سريان القاعدة  
القانونية بمدة أو فترة معينة ، فإذا انقضت هذه المدة أو تلك الفترة اعتبرت  
القاعدة القانونية ملغاة بحيث يقف العمل بها ابتداء من هذا الانقضاء  
ومثال ذلك ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن  
منعوله ينتهى في ٣٠ يولية سنة ١٩٢٢ .

#### ١٨٢ - الإلغاء الضمني<sup>(١)</sup>

يقصد بالإلغاء الضمني (*L'abrogation tacite*) ذلك الإلغاء الذى  
لا يوجد تصريح به ، وإنما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين  
قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة ، وهو ما يتحقق فى صورتين :  
صورة تعارض بين القديم والجديد ، وصورة تنظيم نفس الموضوع من جديد .  
وقد عنى التقنين المدني الحالي بالإشارة إلى هاتين الصورتين ( م ٢ ) .

(١) إذا أحالت بعض القوانين إلى نصوص قوانين أخرى ، ثم ألغيت هذه النصوص فى  
قوانينها الأصلية ، فالأصل أن لا يستتبع إلغائها اختلافاً ملغاة كذلك فى القوانين التى تعيل  
اليها ، بل تظل موجودة فيها بالأحالة وكأنها ثابتة بالملغاة . ولكن إذا استحال الاستمرار فى  
احتفاظها قائمة فى نطاق القوانين التى تعيل اليها ، فإن كانت تلك النصوص تنظم مثلاً مرفقاً  
أو محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر إلغائها ، فلا حناص من انسحاب الإلغاء بالتنازل  
على هذه النصوص لاستحالة تطبيقها حينئذ ( انظر *Marty et Raynaud, op. cit.* 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000 ) .

(١) **التعارض بين القديم والجديد** : تتحقق هذه الصورة الأولى من صور الإلغاء الضمني بقيام تعارض بين قواعد قانونية قديمة وقواعد قانونية حديثة ، اذ يفهم ضمنا - وتطبيقا مما مستحيل - أن الأحدث منها قد نسخ وألغى الأقدم . ويدعى أن الإلغاء الضمني في هذه الصورة لا يكون الا في حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة . فالأصل مصدر قانونان متعلقان في الزمان ومتناقضان في الأحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث اذا كان التعارض بين أحكامهما تاما وكليا . أما اذا كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الإلغاء الضمني منطقا الا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث .

واذا كان النسخ أو الإلغاء الضمني مستخلصا من قيام تعارض بين القواعد القانونية القديمة والقواعد القانونية الحديثة ، فذلك رهن بكون ما تضمنه هذه القواعد المتعارضة والمتناقضة في الزمان من أحكام ذات صفة واحدة ، بأن تكون مما أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة . أما اذا اختلفت بينها الصفة ، ففي الأمر تفصيل نعرضه فيما يلي :

١ - **التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص** : اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتي بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وانما يستخلص منه أن الحكم الجديد قد نسخ ( أو عطل ) ضمنا الحكم القديم العام في شأن ما جاء بتخصيصه فقط (١) . ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يحسد الحكم الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام

(١) في هذا المعنى :

Journé, op. cit., t. I, No. 67. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, p. 222.

فيقتلع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة .

ومثال ذلك أن التقنين المدني المصري القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضي في الأموال منقولة كانت لو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٢ ، ثم قانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ ، بحكم جديد يقضى بأن الملكية في العقار لا تنتقل الا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدني القديم وهو حكم عام لانصرافه الى الأشخاص بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذي جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري وهو حكم خاص لعدم انصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له من أثر الا إلغاء الحكم العام الوارد في التقنين المدني القديم إلغاءً شاملاً في شأن العقار وحده . فبقى لهذا الحكم سرياته في شأن المنقول . وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضي بانتقال الملكية بمجرد التراضي قائماً وسارياً الا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري بتخصيصه منه وإخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته .

٢ - التعارض بين حكم قديم وحكم حديث عام : أما اذا كان التعارض قائماً بين قواعد قانونية قديمة تضع حكماً خاصاً وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكماً عاماً ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل يظل الحكم القديم الخاص قائماً وسارياً باعتباره استثناءً وارداً على القاعدة العامة التي يضمها الحكم الجديد العام (١) . فالعام إذن لا يلغى الخاص ، بل يسريان معاً على أساس اعتبار العام هو الأصل ويقاه الخاص مجرد استثناء وارد عليه . ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمناً الا بحكم خاص مثله متعارض معه (٢) .

(١) في هذا الصدد :

سليمان مرقس ، لفرة ٩٤ ، ص ١٢٢ .

Asbury et Ram, t. I, 6ème éd. par Barthe, No. 20, p. 109. — Jourdain; Marty et Raynaud; *ibid.*

سليمان مرقس ، الموضع السابق .

(٢) قانون مع ٥٤ :

Jourdain, op. cit. t. I, No. 38, p. 102.

ومثال هذه الصورة أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن قد صدر متضمنا أحكاما خاصة في تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدني الحالى الذى ابتدأ نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة في شأن تنظيم عقد الإيجار . فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بنصوص الإيجار الموجودة في التقنين المدني رغم ما بينهما من تناقض . إذ نصوص التقنين المدني في ذلك إنما تضع أحكاما عامة لا تنسخ الأحكام الخاصة التى ينظمها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، بل تظل هذه الأحكام الخاصة السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الأحكام العامة اللاحقة التى جاء بها التقنين الحالى (١) .

ومثال هذه الصورة كذلك ، أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه « . . . إذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » ، ثم جاء بعد ذلك التقنين المدنى سنة ١٩٤٩ مقرا أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ( م ٨٧٥ و ٩١٥ ) . فليس في الحكم العام الوارد بهذا التقنين وهو الحكم الأحدث أى نسخ أو إلغاء للحكم الخاص الأقدم الوارد بقانون سنة ١٩٤٤ ، بل بظل هذا الحكم قائما وساريا ينحل لغير المسلمين الاحتكام إلى شرائعهم الدينية في مسائل الميراث والوصية ، استثناء من القاعدة العامة التى يقرها التقنين المدني والتى تقضى بأن تكون الولاية في الموارث والوصايا للشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة في هذا الشأن (٢) .

(١) انظر في ذلك :

• كتابنا سالف الذكر ، حاشى ص ٤٠٤ - ٤٠٥ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٦ ، المجلد الثاني ، ١٩٦٣ ، فقرة ٥٦٧ ، ص ٨٨٨ - ٨٩٠ .

(٢) انظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، حاشى ص ٢٢٧ و ٢٢٩ و ٤٠٣ و ٤٠٤ .  
ولكن قارن :

عبد المتعم فرج السعد ، نظرية الحق في القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ ، فقرة ٢٨ .  
محمد على عرفة ، أساليب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرات ٢٨٦ و ٢٩٦ .

(٢) تنظيم نفس الموضوع من جديد : والصورة انسانية من صور الالفاء الضمنية أن تأتي قواعد قانونية تنظم من جديد نفس الموضوع الذى سبق أن نظمته قواعد قانونية قديمة ، اذ يستخلص من اعادة التنظيم أن القواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التى لا تتعارض معها (١) . وقد نص المشرع المصرى على هذه الصورة فى التقنين المدنى الحالى ( م ٢ ) . ولكن يراعى أن المشرع ينص غالبا ، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع ، على إلغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الإلغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالإلغاء لتحقيق الإلغاء ضمنا من مجرد اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

ومن أمثلة التصريح بالإلغاء رغم أن الإلغاء كان محققا ضمنا دون تصريح من مجرد تنظيم الموضوع من جديد ، نص المشرع المصرى فى القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات على إلغاء القانون السابق المنظم للجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ .

#### ١٨٣ - سلطة النا. القاعدة القانونية

الأصل أن السلطة التى تملك الإلغاء هى السلطة التى تملك الإصدار أو الإنشاء . أو سلطة أعلى منها اذ من يملك الأكثر يملك الأقل . ومن هنا ، فلا يتم إلغاء قاعدة قانونية الا بقاعدة قانونية صادرة عن نفس المصدر الرسمى للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمى أعلى منه .

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلا تلغىها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغىها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى فى المرتبة من العرف اذ هو المصدر الرسمى الأصل والعرف مجرد مصدر تكميل له .

والقاعدة التشريعية لا تلغى الا بقاعدة تشريعية . - ثم إن التشريع نفسه كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، ولذلك ينبغى مراعاة هذا

---

(١) فى هذا المعنى : الفكرة الإيجابية للمشروع التجهيزى للتقنين المدنى - الجزء ١ ، ص ١٦٦ .  
الأصل التحضيرية للقانون المدنى - ج ١ ، ص ١٦٦ .

التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع<sup>(١)</sup> . فالتشريع الأساسي يلغى بتشريع أساسي ، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو أساسي ، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن العرف لا يملك - كقاعدة عامة - الغاء التشريع ، لأنه أدنى منه مرتبة ولا يملك الأدنى نسخ الأعلى . ومقتضى هذا القول عدم التسليم بما يذهب إليه بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> من إمكان الغاء التشريع ونسخه عن طريق أعمال تطبيقه مدة طويلة أي عن طريق عدم أعماله (désuétude) . فليس أعمال التشريع وعدم أعماله مدة طويلة إلا عرفا سلبيا مخالفا للتشريع ، والعرف كما سبق البيان لا يملك الغاء التشريع لأنه مجرد مصدر تكميلي له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع إذن ما دام لم يلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائما دون أن يعتبر تواتر أعمال تطبيقه نسخا أو الغاء له<sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر تأكيد ذلك : نفس ٢٥ مايو ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٨ ، ع ٣ رقم ١٦٦ ص ١١٢١ .

(٢) انظر خاصة :

Boudant et Bégueon - Lagarde, Cours de droit civil français, 2ème éd., t. I, No. 177 — Lohrum, thèse présentée, Nos. 488 . 448.

(٣) انظر في هذا خاصة :

مصر الابتدائية ١٧ أبريل ١٩٢٧ ، المحاماة A ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ .

( م ٢٢ - الفصل إلى القانون )

## البحث الثاني

### تنازع القواعد القانونية في الزمان<sup>(١)</sup>

#### ١٨٤ - مشكلة التنازع الزمني

إذا انبثقت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، فبدیهی أن القاعدة الجديدة تسرى ابتداء من يوم نفاذها ، وأن القاعدة القانونية القديمة یقف سريانها ابتداء من يوم الغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة . ويكون الأمر فی تحديد هذا النطاق الزمني سیرا هكذا ، إذا تعلق بمراكز قانونية تتكون وترتب كل آثارها فی لحظة واحدة ، إذ لا يتصور حينئذ قیام تنازع بشأن حکمها بین القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة ، فما تكون من مراكز وما ترتب من آثار فی ظل المساعدة القديمة يكون محکوما بداهة بهذه القاعدة ، وما يتكون من مراكز أو يترتب من آثار فی ظل المساعدة القانونية الجديدة يحکم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة .

غير أن الأمر لا یعرض دائما بمثل هذا الیسر ، فمن المراكز أو الآثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب الا خلال فترة طويلة من الزمان ، وهنا یقوم التنازع بین القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة علی حکم هذه المراكز وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة فی ظلها معا . فمثلا إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة یخضع الحد الأقصى لسمی القاعدة الاتفاقية ، فما حکم

(١) رابع فی ذلك صفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, théorie de la non rétroactivité des lois, t. I, 1900, t. II, 1933; Le droit transitoire, 1900. — Bonnacase, Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. II, Nos. 11 - 247, pp. 13 - 300. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, 2e éd., 1906, Nos. 21, 21a, 22, pp. 227 - 304. — Hamets, Cours de droit civil approfondi et comparé, 1943-1944.

ومقابلنا « مشكلة التنازع بین القوانين فی الزمان » ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٥٨ ، ص ٨٥ - ١٨٤ . وكتابنا أصول القانون ، فترات ١٨٨ - ٢١٧ ، ص ٤٠٩ - ٥٠٩ .



عقود القرض التي حققت قبل نفاذها وفق الحد الأقصى القديم وتراخي بها التنفيذ الى ما بعد نفاذها ؟ • هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة أى على الأساس المرتفع ، أم ينسحب عليه حكم القاعدية القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من الحد الأقصى الجديد المنخفض ؟ • وكذلك اذا كانت سن الرشد والأهلية لايرام التصرفات القانونية هي ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون جديد الى ٢١ سنة ، فما حكم الأشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه ، هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين ؟ وما حكم تصرفاتهم التي عقدها قبل نفاذ هذا القانون أى وقت أن كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطالان ان تقرر اعادتهم قاصرين ؟ • واذا كان للزوج المسلم حق طلاق زوجته بإرادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضى ، على اعتبار انه تزوج في ظل قانون يعطيه حق الطلاق بإرادته المنفردة ؟ •

تلك هي مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان • فعل أى أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت اليوم مشكلة هذا التنازع فى الطلبة من مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع(١) فى العصر الحديث نشاطا ضخما موفورا ؟ •

#### ١٨٥ - مبدأ عدم رجعية القوانين

يقوم فى الأصل حل مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان على مبدأ قانونى قديم مشهور ، مقرر اليوم فى أغلب الشرائع والقوانين الحديثة ، هو مبدأ عدم رجعية القوانين (La non-rétroactivité des lois)

(١) لا تنحصر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين فى نطاق التشريع وحده ، بل هي مشكلة عامة تنور فى سداد كل القواعد القانونية المتصاقبة ايا كان مصدرها ( انظر فى هذا فلسف :

مغالينا سالف الذكر ، عمنش «١» ، ص ٨٨ - ولكن قلون :  
Roubier, op. cit., t. I, p. 8; Kœn, 5, pp. 23 - 22.

بمعنى عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضى واقتصارها على حكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها . وهذا المبدأ من المبادئ القديمة التى كسبتها الإنسانية بعد جهاد طويل ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت ، سواء كان مسطوراً فى الدساتير والقوانين أو غير مسطور : وهو على أى حال ، مقرر كمبدأ عام بصريح النص فى الدساتير المصرية المتعاقبة (١) .

ويقوم هذا المبدأ على أساس من المنطق ، إذ القاعدة القانونية هى أمر أو تكليف يسلكه معين ، والتكليف أو الأمر لا يتصور توجيهه الى ما فات وإنما الى ما هو آت . وفى الرجوع بالقاعدة القانونية الى الماضى خروج اذن عن المدى الزمنى لسريانها - وهو الذى يبدأ من وقت نفاذها - واعتداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالانتقاص من المدى الزمنى لسريانها الذى يمتد الى يوم انقضاءها . وكذلك فى انسحاب القاعدة القانونية على الماضى ، اخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واعداد للثقة الواجبة فى القانون . فضلاً عن أنه كثيراً ما تترتب للأفراد حقوق ومراكز وأثار قانونية فى ظل القواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغى أن يكون تعديل هذه القواعد أو إلغاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهذه الحقوق والمراكز أو للانتقاص من تلك الآثار التى تترتب صحيحة فى ظل القواعد القانونية القديمة .

ومع ذلك فمن المسلم اعطاء المشرع رخصة فى الخروج على مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على الرجعية صراحة ، إذ قد تكون الرجعية فى بعض الحالات مما يقتضيه صالح الجماعة . والدساتير المصرية المتعاقبة قاطعة فى اعطاء هذا الحق للمشرع . ولكنها أصبحت تشدد منذ دستور سنة ١٩٥٦ فتتطلب أن يتم تقرير الرجعية بتشريع عادى (٢) توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الشعب

---

(١) م ٢٧ من دستور ١٩٢٢ ، وم ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ و م ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، وم ١٦٢ من دستور ١٩٦٤ و م ١٨٧ من الدستور الجديد لسنة ١٩٧١ .

(٢) فلا يجوز الرجعية ولو نص عليها صراحة فى تشريع فرعى ( انظر : سليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٩ ، ص ١٩٠ ) .

أغلبية الحاضرين منهم كما هو الأصل ، وذلك تأكيداً لخطورة الرجعية أمام ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار .

ولكن المشرع - على أى حال - مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بقوانين العقوبات ، فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أعمال نظراً لما فى ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية . وهذا ما تقرره الدساتير المصرية المتعاقبة وما يقرره تقنين العقوبات المصرى .

#### ١٨٦ - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها

##### فى الزمان

إذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فبراعى أن تقرير هذا المبدأ ليس كافياً بمفرده لحل مشاكل هذا التنازع (١) . فلا يكفي أن يقرر كمبدأ أن ليس للقانون الجديد سلطان على الماضى ، بل يجب كذلك منع استمرار القانون القديم فى السريان بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداء من نفاذه أى مبدأ سلطانه وأثره المباشر ، وبخاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية . ولكن هذا السلطان المباشر لا يمكن أن يكون كاملاً ، إذ توجد أحوال تقتضى - خروجاً على ذلك - الاعتراف للقانون القديم بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد .

#### ١٨٧ - منهج البحث

إذا كان حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين لا يقوم فحسب على مبدأ عدم الرجعية ، بل يقوم كذلك على تأكيد مبدأ السريان المباشر للقانون الجديد فيما عدا استثناءات قليلة يسمح فيها بأثر مستمر للقانون القديم ،

(١) انظر فى ذلك خاصة :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106.

فينبغي الوقوف على الأصول التي تحكم وتبين مبادئ حل هذه المشكلة ، ثم التعرف على الحلول الوضعية في القانون المصري لأهم مشاكل التنازع الزمني ومدى اتقانها مع تلك الأصول .

### المطلب الأول

#### أصول حل مشكلة التنازع الزمني

##### ١٨٨ - تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة التنازع الزمني بين القوانين من أعقد المشاكل القانونية التي واجهت الفقه . لذلك كانت محلا لإجتياح كثير من الفقهاء في سبيل التماس أصول لحلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لأرساء هذه الأصول . ولعل سوف نكتفى باستعراض نظريات ثلاث تعبر عن الاتجاهات الرئيسية المختلفة (١) . أولاها النظرية القديمة التي طلت سائدة في الفقه ومطبقة في القضاء في فرنسا طوال القرن التاسع عشر والتي عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل . والنظرية الأخرى انبثقت في الفقه الفرنسي منذ أوائل القرن الحالي بعد تكشف قصور النظرية التقليدية مما أدى إلى هجر الفقه لها : وقد ولدت النظرية الأولى منها عند بعض فقهاء القانون العام وبخاصة « دييجي » ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية . ولكن لم يكتب لها النجاح في الفقه أو القضاء . والثانية ، تآصلت عند بعض فقهاء القانون الخاص ومن أهمهم « روبيه » ، وهي التي تتجنب قصور النظريتين المتقدمتين نتيجة انحصارهما في مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الأمر بانتصار هذه النظرية فباتت لها الغلبة اليوم على بقية النظريات .

(١) انظر في نظرية أخرى للفقيه الفرنسي « بونكاز » .

Boncompagni, op. cit., t. II, Nos. 218 - 247, pp. 246 - 262.

## الوجه الأول

### النظرية التقليدية

#### في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل

١٨٩ - المبدأ هو عدم الرجعية ، أي عدم المساس بحق مكتسب

قلنا ان هذه النظرية كانت هي السائدة في الفقه والقضاء الفرنسي طوال القرن الماضي ، بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسي والمصري على السواء لا تزال الى اليوم - رغم هجر الفقه لها - تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول في مشاكل التنازع الزمني بين القوانين .

وتقوم هذه النظرية أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية للأسباب التي أوضحناها مبررة لهذا المبدأ . وهي ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق في ظل القاعدة القانونية القديمة ، أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المساس بمجرد الآمال التي لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بها الرجاء في الماضي ، ولكنها لا تسرى اذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل .

فأساس هذه النظرية اذن هو التفرقة بين الحق المكتسب (droit acquis) وبين مجرد الأمل (Simple expectative) . والاول وحده دون الثاني هو الذي لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به ، والا اعتبرت ذات أثر رجعي . ولكن ما هو منط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ؟ . الواقع أن أنصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحق المكتسب<sup>(١)</sup> ، مما أضعف صند نظريتهم في الفقه وجعلها هادفا سهلا قريبا للنقد . فالحق

(١) انظر في التحريات المختلفة للحق المكتسب عند أنصار النظرية التقليدية :

Boudier, op. cit., t. I, No. 28, No. 26, p. 311.

المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذي دخل ذمة الشخص نهائيسا بحيث لا يمكن نقضه أو نزعه عنه الا برضاء ، وهو عند بعض آخر الحق الذي يقوم على سند قانوني ، وعند فريق ثالث هو الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجاء في اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحق بعد .

وأيا كان الرأي في تعريف الحق المكتسب ومناطق التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ، فأنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضح المقصود منه . فالأثر مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث بقيد الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بوفاة المورث . ولذلك اذا صدر قانون جديد يبدل أنصبة الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة في ظل انقانون القديم ، أي لا يسرى على التركات التي فتحت بوفاة المورث قبل نفاذه والا صار رجسيا ، لأن وفاة المورث في ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة في تركته مما يتمتع معه على القانون الجديد نقضها أو المساس بها . أما اذا مات المورث بعد نفاذ القانون الجديد المعدل لأنصبة الورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لأنه لم يكن لهم في ظل القانون القديم - والمورث لم يمت بعد - حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل في الإرث . وهو ما يجوز للقانون الجديد تعطيله أو المساس به (١) .

وكذلك الحال في الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحق منها بعد نفاذه ولو كانت محررة في ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها في ظل القانون القديم (٢) . فلو كان القدر الجائز فيه الإيصاء هو نصف التركة ، وحررت وصية بالنصف ، ثم صدر قانون جديد يحدد نصيب الإيصاء بالثلث فقط ، فإن القانون الجديد - ان كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصي - لا يسرى على الوصية ، فتظل صحيحة نافذة في النصف . لأن الموصي له قد اكتسب بموت الموصي حقا في هذا النصف . وان كان صدوره

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 123

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 123

القانون الجديد ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة في ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا في الثلث فقط ، لان الموصى له - رغم تحرير الوصية في ظل القانون القديم - لم يكن قد اكتسب بمسح حقا في الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقيني في استحقاق الوصية يوما من الأيام ، فيملك القانون الجديد تقويته عليه أو بالانتقاص منه .

وكذلك كل تقادم لم يكتمل في ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله ، فيجوز للقانون الجديد نقضه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعى الاثر (١) .

#### ١٩٠ - استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن مبدأ عدم الرجعية بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق في ظل القوانين القديمة ، ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة . وهذه الاستثناءات هي :

( ١ ) النص الصريح على الرجعية : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية مبدأ يقيد القاضي ولا يقيد المشرع - وهذا أمر مسلم في الفقه بوجه عام - ومعناه أن للمشرع الحق في أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضي إذا أراد ، وإنما يجب عليه حينئذ - في الرأي الراجح - النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفي الاستناد في ذلك الى ارادته الضمنية (٢) ، فاذ خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضي تطبيقه على الماضي والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق .

(١) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124

(٢) في هذا المعنى :

Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124. — Jousrand, op. cit. t. I, No. 79. — Masséud, op. cit., t. I, No. 122. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 206.

وهذا الاستثناء المجمع عليه في القانون الفرنسي رغم عدم وجود نص يقره ، تنص عليه صراحة - كما سبق البيان - الدساتير المصرية المتعاقبة ، وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع إلى الماضي وتقضي ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار ، أي حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار في المعاملات ، ومن هنا ينبثق على المشرع القصد في استعمال ما له من حق النص على رجعية القوانين ، إلا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون في سبيل تحقيقها الإخلال باستقرار المعاملات .

وأيا ما كان الأمر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، إذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فلا يملك النص صراحة - في تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة - على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال . وهذا هو المقرر في القانون المصري كذلك كما سلفت الإشارة .

(٢) **القوانين الجنائية الأصلح للمتهم** : استثناء من مبدأ عدم الرجعية - تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضي فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقاب - ذلك أن حق الجماعة في تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتين بالصالح العام ، فإذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضي كذلك إفادة من ارتكبها في ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف وسنرى من بعد أن إفادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ، أمر مقرر في القانون المصري ( م ٢/٥ و ٣ عقوبات ) .

(٣) **القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب** : لئن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسرى القانون الجديد على الماضي فيسحق الحقوق المكتسبة إذا كان متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فقواعد النظام العام والآداب



قواعد أمرة لا تجوز مخالفتها أو الوقوف في سبيل سريانها احتجاجا بحق مكتسب ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب - عند النظرية التقليدية - قوانين رجعية خروجاً على مبدأ عدم رجعية القوانين<sup>(١)</sup> .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء<sup>(٢)</sup> - عند انحصار النظرية التقليدية - القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهي عندهم قوانين ذات أثر رجعي لتعلقها بالنظام العام . فإذا صدر قانون برفع سن الرشد ، فهو يسرى فوراً على كل الأشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة ، فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم القانون القديم .

وكذلك الحال في قوانين إلغاء الرق ، فهي - لتعلقها بالنظام العام - تنسحب على الماضي ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما لملكهم عليهم من حقوق مكتسبة . وكذلك الحال في القوانين التي تحرم الطلاق ، فإنها - لتعلقها بالنظام العام - تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب في الطلاق .

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هذا الاستثناء ، بل يحذون منه على أساس حصر النظام العام الذي يبرر رجعية القوانين المتعلقة به في نطاق محدود أضيق من نطاقه العادي المعروف<sup>(٣)</sup> . وبذلك يوجدون - في صدد التنازع الزمني بين القوانين - نوعاً فرعياً من النظام العام نه نطاق خاص محدود .

---

(١) انظر في الإشارة إلى رجعية هذه القوانين في منطق النظرية التقليدية :  
Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 108, 111.

(٢) انظر في الأخذ بهذا الاستثناء في القانون المصري :  
عبد الرزاق السنهوري وحملت أبو ستيت ،قرة ١٥٥ .

(٣) انظر في الإشارة إلى هذا الرأي وأصلاره :  
Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 108, 110.

ويلزم كذلك استثناء السنهوري وأبو ستيت إلى الحد من هذا الاستثناء . فهما أن كانا

(٤) **القوانين التفسيرية** : يحدث أحيانا أن تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ في تفسيره بمعنى لم يكن يقصده المشرع . فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه وإصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الوارد في التشريع الأول . وحينئذ يسرى التشريع الثاني . أى التشريع التفسيري ، على الوقائع التي حدثت قبل صدوره في ظل التشريع الأول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثاني ، بما يتضمن من تفسير التشريع الأول ، يعتبر جزءا منه ، فيكون طبيعيا إذن أن يمتد إلى حكم الوقائع التي حدثت في ظل التشريع الأول<sup>(١)</sup> ، فيلتزم القضاء بتطبيقه في الدعاوى التي ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أما الدعاوى التي سبق الفصل فيها - قبل صدور التشريع التفسيري - بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الأمر المقضي ، حتى ولو كانت هذه الأحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون في صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسير حقيقة وبين ما يتخذ منها تحت ستار التفسير وسيلة إلى تغيير أو تعديل أحكام تشريعات سابقة ، ما دام المشرع يصفها بالصفة التفسيرية ، إذ هو يظهر بذلك إرادته في رجوعيتها ، وهو يملك فرض الرجعية إذا شاء<sup>(٢)</sup> .

#### ١٩١ - تقدير النظرية التقليدية

تلك هي النظرية التقليدية في حل التنازع الزماني بين القواعد

---

يطبقانه في صدد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ، إلا أنهما يحدثان منه في صدد ما يتعلق بالنظام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التي يقصده منها حماية مصلحة عامة » كالتقانون الذي يعطى للأوراق المصرفية سحرا جبريا - ... فإنها تسرى على العقود التي تمت قبل صدوره والتي اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ، وبين النصوص المنيرة من النظام العام والتي تخص مصالح خاصة - كتقانون الذي يخفف الحد الأقصى للفائدة - فإنها لا تؤثر في العقود التي تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للتقانون القديم » ( عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سنيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٥ ، ص ١٦٨ و ١٦٩ ) .

(١) انظر في الإشارة إلى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الأساس :

Roubier, op. cit., t. I, 100, 88, p. 408.

Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108-110, et note (10) (٢)

القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب . وقد لاقت هذه النظرية رواجا كبيرا في الفقه والقضاء طوال القرن الماضي في فرنسا ، حتى بلغت حينذاك كأنها من المسلّمات ، بل وما زال أثرها ملموسا الى اليوم في أحكام القضاء - رغم تغلّ الفقه الحديث عنها - حيث لا تزال تردد اصطلاحات « الحق المكتسب » و « مجرد الأمل » .

غير أن الواقع أن هذه النظرية لا توفق في اعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذي ترى في المساس به رجعية من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الإبهام لا يفصح في جلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الأمر الى أن تفقد فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا عدم المساس به (١) .

والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهي كذلك الى نتائج غير مقبولة (٢) . إذ منطق تقرير مبدأ عدم الرجعية وفهمه على أنه عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، يقود الى القول بأن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة من قبل أو الفاعها أو تعديلها ، فلا تملك مثلا - بتعديل نظام الملكية - تطبيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غير مقبولة إذ القانون لا يكفل الى الأبد الإبقاء على الحقوق أو استئصالها مؤبداً بوصفها القائمة (٣) ، فضلا عما فيها من سد الباب أمام كل اصلاح مستقبلي (٤) .

(١) انظر في ذلك :

Roubier, op. cit., t. I, No. 26, pp. 322, 324

(٢) انظر فيما يؤدي اليه التسك بمعيار الحق المكتسب من نتائج غير مقبولة في عدد المراكز القانونية التي يتركها القانون الجديد وهي ما تزال في دور التكوين بالنسبة لما تم من عناصر هذا التكوين في ظل القانون القديم :

Roubier, op. cit., t. I, No. 26, p. 326.

(٣) طالعنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 266.

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 308, p. 178. (١)

وفضلا عن عجز معيار الحق المكتسب الذي تعطيه هذه النظرية، تراها تخلط خلطا كبيرا بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد . فتم سريان لقوانين جديدة يعتبر في منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لها في حين أن لا رجعية في الأمر ، إذ لا يعدو سريانها أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وإنما يبتدىء من يوم نفاذها .

فالنظرية التقليدية ترى مثلا في تطبيق القانون القاضي بتحريم الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه وفي تطبيق القانون القاضي برفع سن الرشد على من كانوا راشدين في ظل القانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعد ، أمثلة من التطبيق الرجعي للقانون الجديد ، أي أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية يبرز على أساس تعلق هذه القوانين بالنظام العام . وذلك وهم خاطيء . فسريان القانون الجديد في الحالى ، إنما هو سريان مباشر لا سريان رجعي ، لانه سريان لا يتعرض للماضى فينقض ما تم فيه ، وإنما يتعرض للمستقبل وحده فيطبق القانون الجديد ابتداء من يوم نفاذه فحسب (١) .

واخطئ بين الأثر الرجعي والأثر المباشر على هذا النحو ، هو الذى دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية . وهو استثناء لم تكن بحاجة الى تقريره . لو أنها بصرت بالفصل الفارق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد (٢) . فآكثر القوانين التى تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجعتها استثناء ، هي فى حقيقتها قوانين تسرى بأثر مباشر فتتناول ما يقع فى ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ .

(١) مقالنا سابق الذكر ، ص ١٠٣ و ١٠٤ .

(٢) ولو كن مثل هذا الاستثناء واجبا ، لانتفى الأمر - فى غير دائرة العقود - حيث قوانين النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناولها فى الحقيقة سلطانها المباشر . ولا كان مفهوما حينئذ رفض رجعية القوانين الجنائية كبدا أسس مسلم وهي فى طبيعة القوانين المتعلقة بالنظام العام . وهذا ما حدا ببعض أئصار هذه النظرية - كما سبق القول - الى أن يجعلوا من مضمون « النظام العام » الذى تجوز رجعية القوانين المتعلقة به استثناء على غير أساس قانوني أو منطقي معقول .

## الوجه الثاني

### نظرية ديجي (١)

في التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية

١٩٢ - تمهيد

يرى « ديجي » أن اصطلاح التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، قد أسهم الى حد كبير في تضخيم صعوبات تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين ، وإن مثل هذه الصعوبات ما كانت لتثور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ولو فهم أن القوانين في خطابها للأفراد إنما تواجه أعمالا (Actes) أو مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى تطبيقها في الزمان التمييز في شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك (٢) .

١٩٣ - القوانين المتعلقة بالأعمال

يرى « ديجي » أن حل التنازع الزماني بين القوانين المتعلقة بالأعمال حل بديهي ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل - سواء كان ماديا أو قانونيا - يحكم منطقا بالقانون الذي حدث في طقه ويظل محكوما بمثل هذا القانون وحده فلا يتأثر بأي تعديل قد يرد على هذا القانون من بعده (٣) .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشئ لجريمة جديدة ، لا يجوز - إلا كان رجعيا - المقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها طبقا للقانون السائد حينئذ .

والتصرفات القانونية التي تمت أو أيرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو إتمامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون

(١) راجع في ذلك :

Duguit, op. cit., t. II, Nos. 21, 21 a, pp. 236-247.

Duguit, op. cit., t. II, No. 21, p. 251. (٢)

Duguit, ibid. (٣)

جديد يتطلب شروط صحة جديدة . ولذلك فإن العبارة في صحة الوصية تكون بالقانون الذى حررت فى ظله . لا بالقانون الذى توفى الوصى فى ظله (١) .

#### ١٩٤ - القوانين المتعلقة بالراكز القانونية

سبق أن اشرنا الى المنهاج التجريبي الذى أراد « ديجي » اخضاع القانون له ، وهو المنهاج الذى تأدى به الى انكار كثير من الاسس القانونية التقليدية وفي طليعتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد فى شأن انكار هذه الفكرة . ولكن يعيننا فى هذا المقام أن « ديجي » خلص من انكار وجود ما يسمى بالحق الى القول بأن كل ما هنالك هو أن الأفراد يخضعون للقانون ، وأن نتيجة هذا الخضوع هي وجود كل منهم فى مركز قانوني معين ، اذ القانون ينشئ دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف - بالحد من بعض الأفعال - الى كفالة مزايا لبعض الأفراد ، مما يضح هؤلاء الأفراد فى مركز قانوني معين ، دون أن يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدي (٢) .

ومن فكرة « المركز القانوني » يستخرج « ديجي » الأصول التى يراها كفيلة بحل التنازع بين القوانين فى الزمان . وهو يفرق فى هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية . ويرى الرجعية منحصرة فى المساس بالمراكز الثانية دون الأولى .

(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية : يرى « ديجي » أن المراكز القانونية التى يوجد الأفراد فيها اما « مراكز موضوعية » (Situations objectives) واما مراكز شخصية (Situations subjectives) ويضبط « ديجي » بالمراكز القانونية الموضوعية تلك التى تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومداه . واما المراكز القانونية

---

Duguit, op. cit. No. 21, p. 285. (١)

Duguit, op. cit. t. I, No. 28, p. 307. (٢)

الشخصية فتتولد مباشرة عن الإرادة وتتحدد بها . واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الفرق بين خصائص ما يولده أو ينشئه من مراكز .

فلكون المراكز القانونية الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به ، فإنها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من الممنون والمذموم والمجبة والمجبة في مواجهة الكافة . وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا أشخاصا معينين ، وتكون كالقانون مصدرا دائما ، بمعنى أنها لا تنقضي بالقيام بعمل من الأعمال التي يبيحها القانون كظهور لها . ومن أمثلة هذه المراكز الموضوعية : مركز الناخب ، ومركز الموظف ، ومركز المالك ، ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعي (١) .

أما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الإرادة مباشرة فإنها تكون خاصة ومؤقتة . فهي خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الا شخص أو أشخاص معينون فرديا بالذات ، ولا تنتج أثرها الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين كذلك فرديا بالذات . وهي مؤقتة بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوي التي تحميها ، فإنها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة . والمثل البارز على هذه المراكز ، المراكز القانونية المتولدة عن العقد . ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الإرادة المنفردة ، مثل المراكز المتولدة عن أمر إداري خاص (٢) .

(٢) الرجعية تنحصر في المساس بمركز قانوني شخصي لا موضوعي على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية ، يبنى « ديجي » نظريته في حل التنازع بين القوانين في الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك - والا أصبحت رجعية - المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما - دون أن تعتبر رجعية - المساس بالمراكز القانونية الموضوعية القائمة (٣) .

Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 308-312. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 312-314. (٢)

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 238.

واعتبار مبادئ القانون الجديد بمركز قانوني شخصي من قبيل الرجعية ، انما يقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطقه ومداه استقلا عن القانون بتصرف ارادي فردي صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون في تمكن قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصي الموجود من قبل ماس بالتالي بالتصرف القانوني الذي ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطان للقوانين الجديدة - والا أصبحت رجعية - على ما حدث قبل نفاذها من أعمال مادية كانت أو قانونية . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة (١) ، لانه لا يملك - دون رجعية - المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقة على نفاذه (٢) .

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر القانون الجديد رجعيا اذا مس مركزا قانونيا موضوعيا قائما ، لأن هذا المركز انما يتحدد نطقه ومداه بالقانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعي تأثره بكل تعديل يصيب القانون .

وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحالة وأهلية الأشخاص تنطبق حتى على الأشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الأهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادي . فالقانون الذي يعمل حالة التجنس ، ينطبق - دون أن يعتبر رجعيا - حتى على الأشخاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانوني القائم لا يسه التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد (٣) .

والقوانين التي تمس شروط التمتع بحقوق الانتخاب والترشيح ومباشرتهما تنطبق - دون رجعية - على الأشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقوق ، فهم في مركز قانوني موضوعي يمكن تعديله أو إلغاؤه في أية لحظة بقانون جديد (٤) .

(١) راجع في تطبيقات هذا المبدأ :

Duguit, op. cit., t. V, No. 28, pp. 288 - 297.

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 298, 299. (٢)

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 261. (٣)

Duguit, op. cit., p. 266. (٤)



وكذلك بالقوانين التي تعدل نظام الزواج تنطبق - دون أن يكون لها أثر رجعي - على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن في قانون يبيح الطلاق بعد تحريره أو يتوسع في أسباب الطلاق ، لأن حالة الأشخاص المتزوجين مركز موضوعي متفرع عن القانون لا عن عقد الزواج الذي لم يكن إلا شرطا لتطبيق القانون على الأزواج (١) .

والقوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية تنطبق - دون رجعية - على كل الملكيات والحقوق العينية وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولدة نتيجة تصرفات قانونية مبرمة في الماضي . ولذلك فالقانون الجديد الذي يعدل مدة التقادم المكسب للملكية ينطبق حتى على أحوال التقادم الذي ابتدا جريانه في ظل القانون القديم ، لأنه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية (٢) .

والقوانين التي تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحاكم حتى المنشأة منها قبل هذا النفاذ (٣) .

#### ١٩٥ - تقدير نظرية « ديجي » (٤)

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجي » تفضل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا في التاصيل الفقهي لمشكلة التنازع بين القوانين في الزمان .

ولكن ذلك لا ينفي القموض عن هذه النظرية فيما تتخذ أساسا لحل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية . فإحدى من ناحية ، أن الصفات التي تقول هذه النظرية باختلافها في النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول

Duguit, op. cit. p. 248. (١)

Duguit, op. cit. p. 249. (٢)

Duguit, op. cit. p. 251. (٣)

(٤) انظر في تفصيل هذه النظرية خاصة :

Rouhier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 346 - 356; No. 69, pp. 588 - 591.

وانظر كذلك :

Marty et Raynaud, op. cit. t. I, No. 106, p. 175.

بصفة مطلقة ان المراكز القانونية الموضوعية دائمة بينما المراكز القانونية الشخصية مؤقتة (١) . ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، إذ القانون إنما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لا بد - لى - لتحقيق هذه المراكز المجردة واقعا - من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان (٢) . وهذا ما لبث أن أدركه « ديجي » وحاول تقاديه عن طريق القول بأن هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز .

ولذلك فلذا كانت هذه النظرية تجمل فى الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذى يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الإرادة يكون المركز شخصا ، إلا أنها فى الحقيقة لا تمتد بهذا المعيار بقدر ما تمتد بالصفة الفردية الخاصة المؤقتة أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانوني . وهنا يبدو عدم دقة التفرقة ، إذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة المؤقتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد - دون وصفه بالرجعية - سريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأعمال والأعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون - دون رجعية - الأساس بما حدث قبل نفاذه منها . وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق - عند هذه النظرية - بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وكذلك فإن هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية ، حينما تعتبر الدعاوى التى تحمى هذه المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لآى تعديل قد يأتى به (٣) .

Roubier, op. cit., t. I, No. 38, pp. 342, 343. (١)

Roubier, op. cit., p. 350. (٢)

Roubier, op. cit., t. I, note (1), pp. 342, 344. (٣)

### الوجه الثالث

#### النظرية الحديثة

#### في التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر<sup>(١)</sup>

١٩٦ - تمهيد

على أساس البصر بالتمييز بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقساعات القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت وما زالت تلقى في الفقه رواجاً كبيراً بعد أن تخلى الجانب الأكبر منه عن تأييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز إلى نظرية « ديجي » . وقد كان للفقيه الفرنسي الكبير « روبييه » فضل كبير في بسط هذه النظرية والدعوة إليها في كتابة القيم من جزئين عن تنازع القوانين في الزمان<sup>(٢)</sup> . وسنعمد آراءه في إيضاح هذه النظرية - وإن كانت تختلف في شأن بعض التفصيلات الجزئية عن آراء بعض أنصارها الآخرين - إذ يبقى جوهر النظرية واحداً هو التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له أثر مباشر أي يسرى ابتداء من يوم نفاذه ، وليس له أثر رجعي ، أي لا يسرى على ما يسبق يوم نفاذه . فسريران القانون الجديد في الزمان إذن له وجهان : وجه سلبي هو انعدام أثره الرجعي ، ووجه إيجابي هو أثره المباشر . فتتكمّل أولاً في الوجه السلبي لسريان القانون الجديد في الزمان ، ثم في وجهه الإيجابي .

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vols., 1929-1933.

وأنظر كذلك :

Colin, Capitiant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. 48 - 62. —

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 108. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 278 - 285.

(٢) انظر في الإشارة إلى هذا الكتاب الهامش السابق .

وقد أصدر المؤلف أخيراً طبعة ثالثة مركزة لهذا الكتاب بعنوان :

Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps), 1940.

ولكن أشاراتنا سوف تنصرف أساساً إلى الطبعة الأولى للكتاب بجزئيه .

## ١ - انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد

### ١٩٧ - القاعدة هي عدم الرجعية

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم في ظل الماضي . فهو لا يملك إعادة النظر فيما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء « مركز قانوني » ( Situation juridique ) (١) أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو من ترتب آثار معينة على مركز قانوني . فالمبرة إذن هي بمعرفة تاريخ تكون أو انقضاء المركز القانوني أو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الآثار عليه . فإن كان المركز القانوني قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه في ظل القانون القديم ، فلا يمس القانون الجديد هذا الانقضاء أو ذلك التكوين أو تلك العناصر ، والا كان رجسيا . وإن كانت الآثار المتولدة من مركز قانوني قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تأثير للقانون الجديد عليها ، إذ ليس له أثر رجعي . ونفصل ذلك فيما يلي :

(١) تكون أو انقضاء المراكز القانونية : نفرق في ذلك بين حالتين :

١ - لا تسري القوانين المتعلقة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت فعلا قبل نفاذها ، فمن الرجعية أن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكون أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية (٢) .

ومن هنا ، فالتصرفات القانونية التي أبرمت مثلا عرفية في ظل قانون لا يشترط الرسمية ، يظل إبرامها صحيحا رغم صدور قانون يخضعها للشكل

(١) يفضل الأستاذ « دوبييه » اصطلاح « المركز القانوني » على غيره من الاصطلاحات . إذ يراه . أوسعها جيمعا في هذا الصدد . فهو أفضل عنده من اصطلاح « الحق المكتسب » ذي الصفة الشخصية الظاهرة ، بما يتيح صرفه إل مثل مركز القاصر والمجنون . وهو أفضل عنده كذلك من اصطلاح « الرابطة القانونية » ( rapport juridique ) الذي يعني عادة وجود علاقة مباشرة بين شخصين ، إذ قد يكون المركز القانوني منفردا وحده في مواجهة الكثرة .

( انظر : Roublier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378 )

(٢) Roublier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 386 .

الرسمي . واكتساب الملكية الذي تم - في ظل قانون معين - بضي مدة وضع اليد المقررة فيه ، لا ينقضه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة (١) .  
وانقضاء دين في ظل قانون معين بضي مدة التقادم المقررة فيه ، لا يؤثر فيه صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة .

٢ - أما إذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طويل للتكوين . أو الانقضاء ، أو كانت تحتاج في ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل في وقت واحد عادة ، وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه ، فلا يملك القانون الجديد - والا صار رجعيا - إعادة النظر في عناصر التكوين أو الانقضاء التي اجتمعت وتوافرت فصلا في ظل القانون القديم .

فالمرکز القانوني الناشئ عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين ، ابرام الوصية من ناحية ، ووفاء الموصي من ناحية أخرى . فاذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصي ، فلا يمس هذا القانون ما تم من ابرام الوصية والا كان ذا اثر رجعي ، لأن ابرام الوصية قد تم في ظل القانون القديم ، فيرجع اليه وحده في شأن صحة ابرامها ، أي في شأن صحة صدورهما في الشكل القانوني وتوافر الأهلية اللازمة في الموصي . أما ما عدا ذلك فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لأثره المباشر . لأن تكوين المركز القانوني الناشئ عن الوصية لم يتم - رغم ابرامها في ظل القانون القديم - إلا بموت الموصي الذي حدث في ظل القانون الجديد . ومن هنا يرجع في تقدير النصاب الجائز فيه الإيصاء مثلا الى القانون الجديد ، فاذا كانت الوصية بنصف التركة - وهو النصاب القانوني للإيصاء طبقا للقانون القديم الذي أبرمت في ظله الوصية - لم تنفذ الا في الثلث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب الإيصاء بثلث التركة (٢) .

وفي التقادم مثلا - وهو يحتاج الى مدة طويلة - لا يسرق القانون .

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 285 (١)

Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 288 (٢)

الجديد ، الذى يصدر بعد بدئه وقبل تمامه ، على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من العناصر التى تهم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة (١) . ولذلك يكون المرجع فى شأن ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقدم الى القانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله (٢) . ومن هنا فالقانون الجديد - رغم عدم تمام تكوين أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله - لا يملك ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء كما توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم .

(٣) **ترتب الآثار القانونية :** تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القانون القديم . فإذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ثم صدر قانون يعلق انتقالها على تسجيل العقد ، فهذا القانون لا يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الآثار التى ترتبت عليها ، أى لا يمس ما حصل فعلا من انتقال الملكية فى ظل القانون القديم . وإذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تأثير لهذا القانون على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق فى ظل القانون القديم من انحلال الزواج .

أما الآثار التى تستمر وقتا طويلا ، فما تم منها فى ظل القانون القديم لا تأثير للقانون الجديد عليه لأنه لا يملك الرجوع فيما تم ، وما لم يتم منها فى ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لأثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه . فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الأولاد . فإذا صدر قانون جديد يعدل من هذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة للمطلقة ولا على ما تم فعلا من حضانة الأولاد فى ظل القانون القديم . إنما يسرى القانون الجديد على النفقة والحضانة ابتداء من

---

(١) ولذلك فإن مدة التقدم التى اجتاز جريانها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل لا تكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة إذ لا تكبت لها مثل هذه القبة الا عند تمامها ، ولذلك يملك القانون دائما - دون رجعية - تعديلها قبل نيلها ( انظر :

Roubier, op. cit., t. I, No. 45, pp. 380, 381.

Roubier, op. cit., No. 46, p. 382. (٢)

وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طلاق صدر فى ظل القانون القديم ما دامته .  
آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفد بعد بل ما زالت مسخرة فى ظل  
القانون الجديد . وليس فى هذا السريان أى أثر رجعى ، لأن القانون الجديد  
لا يعيد النظر فيما تم فى الماضى من طلاق وانحلال للزواج ، ولا فيما ترتب  
على ذلك من آثار فى ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من  
حضانة ، وإنما يكون لهذا السريان أثر مباشر لأنه ينسحب فقط على ما يترتب  
من هذه الآثار بعد نفاذه (١) .

#### ١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية

المبدأ اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، أى ليس له أثر على ما تم  
فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع منه  
عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب فى ظل القانون القديم من  
آثار متولدة من مركز قانونى .

ولا يرد استثناء على هذا المبدأ الا حيث ينص المشرع صراحة على  
الرجعية ، وحيث يكون القانون الجديد تفسيريا (٢) . وفى هذين الاستثناءين  
تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية .

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردهما  
النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية . فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة  
بالنظام العام والآداب ، خاصة وأن من أهم هذه القوانين القوانين الجنائية التى  
ينعقد الإجماع على تحريم رجوعيتها كقاعدة عامة (٣) .

وهى لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الأصلح للمتهم - على  
ما يقع قبل نفاذها من أفعال - سريانا رجعيا . فالمرکز القانونى المترتب

(١) Rouhier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, 331, 332.

(٢) تبرر النظرية الحديثة رجعية القوانين التفسيرية على أساس ما لها من صفة خاصة  
ناشئة عن تحول المشرع فيها الى مجرد مفسر للقانون ، كالتالى سواء بسواء . ولذلك يكون  
لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون  
رجعيتها بالنسبة لما لم يحصل فيه نهائيا من القضايا .

Rouhier, op. cit., t. I, No. 58, p. 472.

(٣)

Rouhier, op. cit., t. I, No. 68, pp. 180, 180; t. II, No. 87, pp. 100 - 115.

على الجرم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم بل لابد من صدور حكم قضائي .  
ولذلك اذا صدر قانون جديد - بعد ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم  
القضائي - بمحو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فيسرى هذا القانون بما له من  
أثر مباشر ، لأن الجرم - ان كان قد ارتكب في ظل القانون القديم - الا أن  
المركز القانوني الناشئ عنه لا يتم تكوينه الا في ظل القانون الجديد (١) .

## ٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد

### ١٩٩ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ اثره المباشر

ترى النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس له  
أثر رجعي (effet rétroactif) ، أى لا يمس ما تم فى الماضى ، فمن الخطأ  
الاعتصار - كما تفعل النظرية التقليدية - على مجرد تقرير هذا المبدأ ، إذ هو  
وحدّه لا يكفي لحل التنازع بين القوانين فى الزمان . فلئن كان مبدأ عدم رجعية  
القانون الجديد يمنع سريانه على ما تم من مراكز وآثار قانونية فى ظل القانون  
القديم ، الا أنه لا يفيد فى بيان أى القانونين - القديم أو الجديد - هو الأولى  
بال تطبيق والسريان فى شأن المراكز القانونية الجارية ، أى فى شأن ما يقع بعد  
نفاذ القانون الجديد ، ويكون مترتباً على ما تم فى ظل القانون القديم ، سواء  
لاستكمال تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو لاستمرار ما ابتدأ فى الترتب  
من آثاره . لذلك ينبغي - الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد - تقرير  
مبدأ أثره المباشر ، منعاً لاستمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ القانون  
الجديد ، أى تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 563 - 569.

ويرى الأستاذ « روبييه » على العكس من ذلك أن القوانين الجنائية التى تنشر حرة  
جديدة أو تشدد الطاب على جريمة قائمة ، تكون رجعية اذا طبقت على أفعال ارتكبت فى الماضى .  
ذلك انه اذا كان للقانون الجديد دون رجعية سلطان على المصير المستقبل لمركز قانونى حار بمنحه  
من التكوين أو بالتطبيق من آثاره ، فانه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذى توافر من  
هذا المركز فى الماضى منتجاً لآثار لم يكن ينتجها فى ظل القانون القديم أو لآثار اقوى مما كان  
يستطيع انتاجها فيه (Roubier, op. cit., t. II, No. 129, p. 567)



ولو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت في ظل القانون القديم (١) .  
وتقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو يؤدي الى تحقيق ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدي اليه المبدأ العكسي وهو مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم من ازدواج أو تعدد الأنظمة القانونية في حكم مراكز متماثلة (٢) .

فالقانون الجديد اذن - بما له من أثر مباشر (effet immédiat) - تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية في ظله ، فذلك بديهي - ولكن كذلك على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاءها في ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء الا في ظل القانون الجديد ، وعلى الآثار المستقبلية لمركز قانوني سابق تكون أو انقضى في ظل القانون القديم ، أي على الآثار التي تترتب على هذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد .

(١) تمام ما بدأ في الماضي من تكون أو انقضاء المراكز القانونية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على المراكز القانونية التي يتم تكوينها أو انقضاءها في ظله ، وإن كان هذا التكوين أو الانقضاء قد بدأ في ظل القانون القديم ، بمعنى أن القانون الجديد يكون له أثر مباشر على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تتم في ظله ، أما العناصر التي تمت في ظل القانون القديم فلا يسبها القانون الجديد - كما سبق البيان - لانعدام أثره الرجعي -

ومن هنا فالقانون الذي يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الوصي ، يسرى بما له من أثر مباشر - أي باعتباره القانون الذي استحدثت في ظله الوصية بموت الوصي بعد نفاذه - في شأن صحة الوصية من حيث الموضوع أي من حيث القدر الجائز فيه الإيصاء ومن حيث صحة الشروط التي تتضمنها الوصية مثلاً ، ولكنه لا يسرى في شأن صحة الوصية من حيث أهلية الوصي

(١) Rouhier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 547 - 557.

(٢) Rouhier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 545 - 546.

أو من حيث الشكل ، لأنها حررت منه في ظل القانون القديم فتكون محكمة من هذين الوجهين به .

والقانون الذي يصدر بعد بدء التقادم وقبل اكتماله ، هو الذي يسرى عليه بما له من أثر مباشر لأن اكتمال التقادم يتم في ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره في ظل القانون القديم . فيخضع التقادم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر في القانون القديم ، ان أطيلت في القانون الجديد (١) .

(٢) الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على الآثار المستقبلية أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت في الماضي . أما الآثار الماضية أى التى ترسبت فعلا على هذه المراكز في ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد ، يسرى بمقتضى أثره المباشر - كما سبقت الإشارة - على كل نفقة أو حضانة مستقبلية مرتبة على طلاق صادر في ظل القانون القديم ، وان يكن لا تأثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه . والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين في ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه .

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى أثره

---

(١) أنه ان قصرت المدة في القانون الجديد ، فيراعى أن لا يؤدى سريته القانون الجديد ان اعتبر التقادم منتهيا في ظل القانون القديم . والا كُن في ذلك وجبة من القانون الجديد ، أو ال المطالبة مدة التقدم عن المدة الأطول المقررة في القانون القديم . ما دام القانون الجديد يقصر المدة . ولذلك فلا يصل أن يتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد . الا اذا كانت المدة المقررة في القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته . انظر :

Roubier, op. cit., t. II, No. 90, pp. 242, 243; t. I, p. 381, note "T".

المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليها بالنسبة إلى المستقبل وحده . أما الآثار التي ترتبت فى الماضى ، فلا سلطان له عليها لانعدام أثره الرجعى .

### ٢٠٠ - الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع التراكم العقدي الجارية للأثر المستمر للقانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من اثر مباشر على المراكز القانونية السابقة والتي ما زالت جارية فى ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينها أو انقضائها أو من حيث آثارها المستقبلية التي تترتب منذ هذا النفاذ . غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالمقود . فالمراكز العقدية الجارية (*Les situations contractuelles en cours*) التي تم تكوينها قبل نفاذ القانون الجديد وظلت قائمة ومنتجة لآثارها عند هذا النفاذ ، تظل محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله دون أن تخضع للأثر المباشر للقانون الجديد . وبذلك يحل مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية ، فيستمر القانون القديم - رغم تعديله أو إلغاءه - فى حكمها بعد نفاذ القانون الجديد . سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلية أو طرق انحلالها وانقضائها(١) .

(١) تبرير الاستثناء : تؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من اعمال الأثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية . فالأثر المباشر للقانون الجديد إنما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، تلك الوحدة التي هي أساس النظام فى الروابط والعلاقات القانونية ، فلو لم يطبق مبدأ الأثر المباشر ، لتمدحت القواعد القانونية التي تحكم مراكز قانونية متماثلة مما يشيع الفوضى والاضطراب فى المعاملات . بينما الأصل فى المراكز العقدية ، هو تفاوتها وتنوعها تنوعاً كبيراً نتيجة ما لارادة الأفراد من سلطان فى تحديدها ، ولذلك فليس لاعمال الأثر المباشر

- وهو الذى يهدف الى توحيد القواعد القانونية التى تحكم المراكز المتماثلة -  
من فائدة بخاصة ، فيبقى للقانون الذى تكونت فى ظله سريانه عايبها حتى  
به تنفيذ القانون الجديد (١) .

(٢) **مضى الاستثناء :** اذا كان للقانون القديم أثر مستمر فى شأن طرق  
الحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفى شأن آثارها المستقبلية فليس  
هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود فى مده بقدر الحكمة من تقريره . وقد  
رأينا هذه الحكمة كامنة فى تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافا تنتفى معه  
الحاجة الى اعمال مبدأ الأمر المباشر للقانون الجديد فى شأنها بما يقوم عليه  
من توحيد القواعد القانونية التى تحكم مراكز متماثلة . ولذلك فحيث تتحدد  
هذه المراكز - رغم استنادها الى عقد من العقود - بمقتضى القانون وحده  
ومباشرة ، لا توجد حكمة - ووجدها مفروضة بالضرورة - فى اعفاها من  
سلطان الأمر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للأثر المستمر للقانون القديم  
استثناء . أما حيث تستقل الإرادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فإن  
هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفاوت العقود وتفاوت إرادة  
الأفراد ، مما تنتفى معه الحاجة الى توحيدها باخضاعها للأثر المباشر  
للقانون الجديد ، فلا يوجد حيثئذ حرج فى استمرار خضوعها - بعد تنفيذ  
القانون الجديد - لسلطان القانون القديم . والبصر بذلك يقود الى التفرقة  
بين **العقد أو المركز العقدى وبين النظام القانونى (Le statut légal)** (٢) .  
فحيث يتعلق الأمر بنظام قانونى ، تبقى العقود الجارية محكومة - فى آثارها  
المستقبلية وطرق انحلالها - بالقانون الجديد طبقا لمبدأ أثره المباشر دون أن  
يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر وهو الخضوع للأثر المستمر للقانون القديم .  
وبذلك ينحصر الأمر المستمر للقانون القديم فى حكم العقود الجارية حيث  
لا يتعلق الأمر بنظام قانونى معين .

وعلى ذلك يكون اعمال مبدأ الأمر المباشر للقانون الجديد أو اعمال

(١) Rouhier, op. cit., t. I, No. 68, pp. 585-586; No. 69, pp. 587-588. (1)

(٢) Rouhier, op. cit., t. II, No. 68, p. 308. (2)

الاستثناء الوارد عليه بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتتها بوجود أو عدم وجود نظام قانوني ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة أمرة لتعلقه بالنظام العام والآداب . فتظل العقود خاضعة في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها للقانون القديم وحده حتى ولو كان القانون الجديد أمرا متعلقا بالنظام العام والآداب<sup>(١)</sup> ، طالما أنه لا يخص أو يمس نظاما قانونيا أي طالما أنه يقتصر على دائرة العقود ويخاطب أطرافها بوصفهم متعاقدين فحسب .

ولذلك فرغم تعلق القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية بالنظام العام ، فلا مساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة في ظل قانون قديم على أساس ما كان يقرره من حد أقصى مرتفع<sup>(٢)</sup> فتظل هذه الفوائد واجبة الدفع - بعد نفاذ القانون الجديد وتخفيضه حداها الأقصى - على أساس الحد الأقصى القديم ، لأنه الحد الذي كان مشروعا وقت انعقاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما في آثارها المستقبلية بالقانون الذي تكونت في ظله رغم صدور قانون جديد معدل لهذه الآثار طالما أنه لا يتعلق بنظام قانوني . ولا يوجد هنا نظام قانوني ، إذ لا يهدف القانون الجديد إلا الى تحديد الاتفاقات العقدية الممكنة والحد من سلطات المتعاقدين في هذا الشأن ، فهو محصور اذن في نطاق المقصد ويخاطب الأفراد بوصفهم متعاقدين فحسب<sup>(٣)</sup> .

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول باثرها المباشر كل زواج قائم عند

---

Roubier, op. cit., I, No. 72, pp. 620-623; t. II, No. 84, p. 78. (١)  
et s. No. 87, pp. 120, 121.

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المنخفض للحد الأقصى لسمر الفوائد القانونية على الدينون - حتى العدة - المنشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ - إذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقد أو قاصرا عليها ، بل هو يخص كل حقوق العائشة أيا كان مصدرها عقديا أو غير عقدي ، فيكون لذلك متعلقا بالنظام القانوني للالتزامات (Roubier, op. cit., II, No. 78, pp. 21 - 28; No. 87, p. 120).

Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624; t. II, No. 87, p. 120. (٣)

نفاذها ولو كان معقودا فيه ، دون أن يتأتى استبعاد سريانها على أساس القول بأن مراكز الأزواج إنما تستند الى عقود ماضية ، والمعقود تخضع - حتى في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها - للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله . ذلك أن الأمر هنا يتعلق بنظام قانونى معين هو نظام الزواج ، وهو نظام موحد يفرضه القانون دون اعتداد بإرادة الأفراد ، إذ ليست إرادة الزوجين هي التي تحدد فى عقد الزواج آثاره من حقوق الزوجين وواجباتهما ، فليس لهذه الإرادة فى الواقع من سلطان إلا مجرد التراضى على اختيار الدخول فى النظام القانونى للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحديداتها (١) . فمركز الزوجين إذن ليس عقديا بالمعنى المفهوم الذى تستقل الإرادة بتنظيمه وتحديد آثاره ، نظرا لتعلقه بنظام قانونى موحد لا يكون المقصد إلا شرطا لخولهما فيه وخضوعهما لأحكامه . لذلك يكون من الطبيعى أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر عليه ، ما دام الزواج - وهو نظام قانونى - يفترض الوحدة ، ولا وجه فى الأهل لتجوز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره إلا حيث يتصور التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فى الحقوق العينية . فالأصل أن القانون يحددها على سبيل المحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لأصحابها بما تتضمنه من حقوق والتزامات (٢) . ولذلك يكون من الطبيعى أن تسرى القوانين المتعلقة بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يعطل من هذا السريان لحساب الأثر المستمر للقانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت أو تقرر لبعض الأشخاص بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ، إذ الأمر ليس أمر عقود بل هو أمر نظام قانونى يفترض الوحدة ويستبعد التعدد والتفاوت . وكذلك الشأن فى القوانين المتعلقة بالعملة أو النقد فى الدولة ،

---

Roubier, op. cit., t. I, No. 66, p. 586; No. 70, pp. 602, 603, 605; (١)

t. II, No. 88, p. 122.

Roubier, op. cit., t. I, No. 70, p. 604. (٢)

والقوانين المتعلقة بالبرائبات ، وقوانين العمل ، فهي تسرى بأثر مباشر على ما يترتب بعد نفاذها من آثار بمقتضى عقود مبرمة في الماضي ، اذ هي لا تواجه مراكز عقدية وانما تتعلق بنظم قانونية . ولذلك فالقانون الذى يصدر بتخفيض قيمة العملة فى الدولة يسرى بأثره المباشر على الآثار المستقبلية لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها ابتداء من نفاذ القانون الجديد بعددها وقيمتها الحسابية رغم ما قرره القانون الجديد من الهبوط بقيمتها الحقيقية . والقانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية يسرى على الآثار المستقبلية للعقود التى عقدت فى الماضى وكان مشترطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل تسرى مباشرة على الآثار المترتبة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ(١) .

**وإخلاصة من هذه النظرية الحديثة :** ان القانون الجديد ، من ناحية ، ليس له أثر رجعى ، أى لا يملك المساس بما تم فى الماضى من تكوين أو انقضاء مراكز قانونية أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والانقضاء أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ، ولا استثناء من ذلك الا بنص تشريعى صريح أو بقانون تفسيرى . ومن ناحية أخرى ، يكون للقانون الجديد أثر مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق ، ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بإرادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلية وطرق انحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وواضح أن المشرع يملك بنص صريح منه الخروج - فى شأن المراكز غير العقدية - على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم(٢) ، أو الخروج - فى شأن

• Roubier, op. cit., t. II, No. 38, pp. 126 - 128. (١)

Roubier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 620, 620. (٢)

(٣) - التدخل فى القانون ،

المراكز العقدية - على مبدأ الأثر المستمر للقوانين القديم واخطاها للأثر المباشر للقانون الجديد (١) .

#### ٢٠١ - تقدير النظرية الحديثة

تعتبر النظرية الحديثة اليوم هي النظرية التي يلتفت حولها جمهور الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ، مما يكاد ينتهي بها الى أن تصبح في القريب النظرية الرسمية للمشرع الفرنسي بعدما تضمنتها بحذاقها المشروع التهديدى لتنقيح التقنين المدني الفرنسي الحالي (٢) .

ولعل مما يحدد للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، وهي تلك التفرقة التي غفلت عنها وعن أهميتها النظرية التقليدية ، فحدث بذلك من اعمال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلية ، أو اضطرت الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها (٣) .

وكذلك فان منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيًا وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقوانين الجديدة ، قد يساعد على تبرير ما كانت تقصر النظرية التقليدية عن تبريره خاصة من ضرورة عدم مساس القوانين الجديدة - فى شأن ما تدركه من مراكز قانونية ما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء - بما اجتمع أو توافر فى الماضى من العناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء ما دامت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غير جائزة ، رغم أن هذه العناصر لا تؤلف الحق المكتسب الذى يعتبر المساس به هو الرجعية عند

Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 517, 518. (١)

Avant-projet de code civil, première partie, 1955, Livre préliminaire, titre II, pp. 55, 506, 510. (٢)

(٣) راجع سابقاً ، ص ٣٠٠ .



## النظرية التقليدية (١)

ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها - وهي بسبيل وضع الفاصل بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم - قد عصت الى إقامة تفرقة بين المركز المقتضى المحض وبين النظام القانوني . وهي تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث أن تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها ، وتجعل حلول التنازع الزماني في هذا الشأن قلقة غير مستقرة (٢) .

ولعل عدم انضباط التفرقة التي يقيها الأستاذ « روبيه » بين المركز المقتضى والنظام القانوني ، هو الذي حدا ببعض أنصار نظريته الى المدول عنها وادخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من اطلاق اعمال مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للمقودوطرق انحلالها . وهم في ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها - رغم تحاشيها التصريح - أن استمرار سريان القانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للمقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العام . ولكنهم لا يطلقون فكرة « النظام العام » كما يقتضى ذلك مفهومها في شأن القوانين الآمرة التي ينعدم سلطان ارادة الأفراد ازماعا ، وانما يحصرون فكرة النظام العام - في مجال مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان - في نطاق خاص محدود (٣) ، يتمتع بقوانين النظام العام ذات الأهمية القصوى والحظورة البالغة التي يكون في استمرار ابقاء المقود الماضية الجارية محكمة بالقانون

(١) انظر - مقالنا سابق الذكر ، ص ١٠٢ - ١٠٣ .

(٢) انظر في بيان ذلك : مقالنا سابق الذكر ، ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

(٣) Boudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 247.

— Colin, Capitani et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60. — De La Morandière, L'Ordre public en droit privé interne, Etude Capitani, notamment, pp. 408, 401. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 268, p. 268. — Ripert et Bonlanger, op. cit., t. I, No. 214.

وانظر في الأخذ بهذا المعنى في القانون المصري :

سليمان مرقس ، فقرة ١١٠ : ص ١٦٤ - ١٦٦ .

القديم بالمخالفة لها ما يتهدد بخطر جسيم جدى نظام الجماعة العام نفسه (١) .  
وهذا ما يعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العام التى يجب سريانها  
فور نفاذها ياتر مباشر حتى على الآثار المستقبلية للمقود الماضية هى قوانين  
النظام العام التى تحمى مصلحة عامة ، دون غيرها من قوانين النظام العام  
الأخرى التى لا تحمى الا مجرد مصلحة خاصة (٢) .

ولكن التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لا تزيد الأمر وضوحا  
أو تبديد انبهام وعدم انضباط التفرقة الأولى بين « المركز العقدى » و « النظام  
القانونى » . فهذه التفرقة الجديدة ينقصها التحديد كسابقها ، اذ تجعل  
قوانين النظام العام درجات متفاوتة من حيث الأهمية والخطورة دون أن تضى  
بتحديد معيار هذا التفاوت . أو تجعل هذه القوانين مختلفة باختلاف المصالح  
التي تحميها ، رغم استنصاء الفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة  
نظرا لاختلاطهما في أغلب الأحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل  
ما دامت هذه القوانين كلها - حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعض الأحوال  
حماية بعض المصالح الخاصة - تتعلق بأمر رئيسية فى بناء الجماعة تملقا  
يختم منع كل مخالفة لها .

وبذلك تنتهى هذه التفرقة - كسابقها - الى ما يشبه العدول عن تحديد  
نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الآثار المستقبلية  
للمقود ، اذ تترك النطاقين مختلطين دون حد واضح فاصل - وكأنها بذلك  
تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحد فى صدد كل  
حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعيق على تحقيق ما يجب من تحديد

(١) H. L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I No. 148.

ولكن يجوز أن نرى أن هذه الخلط عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين المعقدة بالنظام  
العام على الآثار المستقبلية للمقود ، بين اعتبار هذه السريان سريانا مباشرا أو سريانا رحما -

(٢) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48.

ولقد سبق أن اشرنا الى أن استاذنا السنهورى وأبو ستيه يأنطون بهذا المعنى ، ولكن  
على أساس اعتبار سريان قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة سريانا وجيدا مستند  
لا سريانا مباشرا ( انظر سبيل : مرضى « ٤٥ » ص ٢٤٧ - ٢٤٨ ) .

واستقرار حلول مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فذلك اذن منطقة فراغ في بناء النظرية الحديثة .

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة انها تعتبر - كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب - القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع ان لا رجعية في الأمر ، لأنه لا يوجد تنازع حقيقي بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان في الزمان<sup>(١)</sup> . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيراً لحكم القاعدة القانونية القديمة ، أي أنها ليست بقاعدة تعقّبها في الزمان لتغير من حكمها او مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونية القديمة كما هي لا تتغير بصور القاعدة التفسيرية ، وانما الذي يتغير هو تفسيرها فقط ، وليس في تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا في الرجوع عن تفسير سبق بشأنها - سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضي - أي أثر رجعي ، لأن القاعدة التي تطبق واحدة هي القاعدة القديمة ، وإن يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

#### ٢٠٢ - النظريات الفقهية وأحكام القضاء في مشكلة التنازع الزماني

تلك هي النظريات الفقهية في تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان - ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فإن الحلول العملية التي تنتهي إليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العمل بينها اذن ليس كبيراً ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها في تكييف هذه النتائج . ومرد ذلك الى أن النظريات لم تهم الا على تفسير وتبرير أحكام القضاء في شأن التنازع بين القوانين في الزمان ، فهي لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت في تبرير ما وضعه القضاء منها فعلاً وحاولت أن تستخلص من ذلك قواعد وأصولاً عامة تحدد المدى الزمني لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد . والواقع أن القضاء ينظر ، في تطبيق أحد القوانين على الآخر ، الى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجباعة من تطبيق القانون الجديد من

(١) انظر في الإشارة الى اتصال هذا الرأي :

Routier, op. cit., t. I, No. 38, p. 409 et nota.

ناحية ، وبين ما يقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ، وهو يمتد في ذلك بقصد المشرع الضمني<sup>(١)</sup> وطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه .

وإذا كان القضاء ينأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهية النظرية .  
نحو **أصول حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين** ، فإنه - بعد أن استقرت النظريات الفقهية في هذا الشأن - كثيراً ما يتأثر رغم ذلك بما نقوم عليه هذه النظريات من أسس وأصول وبما تستعمل من اصطلاحات فيلجأ إليها - على الأقل - لتأييد أحكامها واستنادها .

وعلى أي حال ، فقد يضي المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد في حل التنازع بين القوانين في الزمان ، فقد ينظم بنفسه في قانون جديد معين فترة الانتقال بينه وبين القانون القديم ، فيضع لذلك أحكاماً وقتية . وفضلاً عن هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلاً عاماً في هذا الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزماني بين القوانين بصدد بعض المسائل ، ومن قبيل ذلك ما وضعه المشرع المصري من حلول لهذا التنازع ستكون محلاً للإشارة والبحث في المطلب الثاني .

### ٢٠٣ - الوجاهات والأصول العامة في حل مشكلة التنازع الزماني

بعد أن عرضنا فيما سبق لفقه النظريات المختلفة في حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص - على ضوء ذلك - الوجاهات والأصول العامة التي نعتقد أنها حقيقة بحل هذه المشكلة وهي ترتكز على أسس ثلاثة : الأولى ، يمنع سريان القانون الجديد سرياناً رجعياً ، والثاني يفرض سريانه سرياناً مباشراً ، والثالث يرجح باستمرار سريان القانون القديم في أحوال معينة .

(١) انظر في تأييد القضاء في هذا الشأن وفي تأصيله :

Boudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 284. — Humein, op. cit., pp. 172, 173.

شمس الدين الزوايلي ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ، فقرة ٢٠٨ ، ص ٤١٠ ، ٤١١ -

أما في شأن منع السريان الرجعي للقانون الجديد ، فقد سبق أن رفضنا معيار الرجعية الذي تقدمه النظرية التقليدية على أنه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعية الذي يقدمه « ديجي » على أنه المساس بمركز قانوني شخصي ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة في تحديد معنى الرجعية . فنقرر على ضوءه أن القانون الجديد لا يملك إعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز قانوني أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتيب آثار قانونية معينة .

وأما في شأن السريان المباشر للقانون الجديد ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث في ظله وابتداء من نفاذه ولو كانت جنوره ترجع إلى الماضي . فهو يخضع لسلطانه المباشر المراكز القانونية التي يدركها وهي ما تزال في دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبة لما يتوافر في ظله من العناصر التي يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية التي تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانوني سابق .

وأما في شأن السريان المستمر للقانون القديم ، فمن المتفق عليه انصرافه إلى الآثار المستقبلية للمعقود وإلى طرق انحلالها التي لا تبدو أن تكون بعض هذه الآثار . وقد عرضنا للخلاف الفقهي حول تحديد مدى هذا السريان ، ورفضنا التفرقة التي يقول بها « روبيه » في هذا الشأن بين المركز العقدي والنظام القانوني ، وكذلك التفرقة الأخرى - التي حاول بعض أنصار النظرية الحديثة انحلالها محل تفرقة - بين قوانين النظام العام بحسب أهميتها وخطورتها أو بحسب طبيعة المصلحة التي تتصدى لحمايتها .

والواقع أن الأصل كان هو وجوب إطلاق السريان المباشر للقانون الجديد في هذا الشأن . وإذا كان قد تقرر الخروج على هذا الأصل بالسماح للقانون القديم في استمرار السريان في شأن الآثار المستقبلية للمعقود ، فما ذلك إلا لأن المعقود - وهي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة - تستصحب على الوحيدة بما تقتضيه من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمية من أعمال الإثر المباشر للقانون الجديد هي وحدة النظم القانونية في شأن المراكز القانونية المتماثلة .

وإذا كان تقرير مبدأ الأثر المستمر للقانون القديم في شأن الآثار المستقبلية للعقود ليس إلا استثناء من أصل قاعدة السريان المباشر للقانون الجديد ، فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود الحكمة من تقريره دون توسع في مدها على حساب هذه الحكمة .

ومن هنا ، يكون من الطبيعي - في رأينا - وجوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة للسريان المباشر للقانون الجديد ، حينما يتعلق الأمر - في شأن الآثار المستقبلية للعقود - بقواعد قانونية يتمتع أمامها الخلاف والتعدد الذي هو الأصل في المراكز والآثار العقدية ، وهو ما يتحقق إذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام والآداب ، إذ وجود مثل هذا القانون يعني انعدام سلطان الإرادة في مخالفته ، وضرورة رد العقود وآثارها بالتالي - في حدوده - إلى ضرب من الوحدة والتماثل . وهو ما نتفق معه أية حكمة في تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة إلى الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، وما يتضمن معه الرجوع إلى الأصل من السريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة . خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام والآداب يفيد تعلقه ببعض الأسس الرئيسية في بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة في الماضي .

ولذلك إذا كان للقانون القديم سريان مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، فإن هذا السريان يجب أن يقف إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب . ويبدو أن هذا الرأي يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء<sup>(١)</sup> . بل أنه هو الرأي الذي كان يأخذ به المشروع التيميدى لتفتيش المدني المصري الحالي صراحة ، حيث كان ينص في المادة السابعة منه على أنه إذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك

(١) انظر في ذلك :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 206, p. 281.

عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ - محمود حماد الدين زكى ،

فقرة ١٢٨ .

ساريا على الروابط والحالات القانونية التي نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على ارادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضى بشي هذا او كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والأداب» (١) . وهو كذلك الذي تستقر عليه احكام محكمة النقض المصرية (٢) .

وعلى هذا الاساس يسرى القانون الصادر بفرض سعر الزامي للمصلحة الورقية بما له من اثر مباشر على الآثار المستقبلية للعقود الجارية والمبرمة في ظل القانون القديم ، فيصح ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد في هذه العقود . وكذلك يسرى القانون الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، بما له من اثر مباشر ، على ما يستحق ابتداء من نفاذه من فوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبل هذا النفاذ ، فلا تندفع الفوائد اذن الا على الاساس الجديد المنخفض (٣) . وكذلك يسرى بأثر مباشر القانون الصادر باستحداث مبداء منع تجاوز الفوائد لرأس المال

(١) مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدني، ج ١ ، ص ٢١٤ .

وإذا كان هذا النص لم يظهر في التقنين ، فإنه عدل من يحد في لجنة المراجعة تعديلا جعل الجوهري فيه في شأن حكم الآثار المستقبلية لعقود الجارية بحيث أصبح قاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عدم واستثنى النص الصريح على الرجعية وقوانين النظام العام والأداب عنه . وهو ما رأى معه عدم الحاجة اليه ، اكفاء بالاحكام الواردة في المسكوك والقوانين الخاصة . مجموعة الأعمال التشريعية ، ج ١ ، ص ٢١٦ و ٢١٨ .

(٢) انظر بصفة خاصة :

نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٢ ( مجموعة أحكام محكمة النقض ، ص ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ ) - نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، ص ٧ ، رقم ٢٢ ، ص ٢٤١ - نقض ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٢ ، المجموعة السابقة ، ص ١٤ ، رقم ١٢١ ، ص ١٩٦ .

(٣) وهنا ما استقر عليه القضاء المصري ( انظر الأحكام المشار اليها في الدواش السابق ) . اد فني بتطبيق نص المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدني الحالي - الذي قرر تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية من ٨٪ الى ٧٪ - بأثر مباشر على العقود المبرمة في ظل التقنين المدني القديم ، بحيث تحسب الفوائد المستحقة بمقتضاها ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٩ وهو يوم نفاذ التقنين المدني الحالي على الاساس الجديد المنخفض وهو ٧٪ . وانظر كذلك بخاصة في نفس المدني :

مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ - عبد الرزاق السنهوري بالوسيط ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ ، ٥١٣ ، ص ٩٠٥ - ٩٠٧ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٦٦ - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧١ ، ١٧٢ .

( م ٢٣٢ مدني ) ، بحيث لا يحل للدائن بعد نفاذه اقتضاء فوائد متى بلغت الفوائد المستحقة له ما يعادل رأس المال ولو كان كل أو بعض هذه الفوائد قد استحق في ظل القانون القديم (١) . وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام ، بمقتضى سلطانها المباشر ، على الآثار المستقبلية للعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ، وهذا ما يصرح به المشرع المصري ( م ١/٦ من قانون العمل ) (٢) .

يخلص إذن مما تقدم أن الموجهات والأصول العامة التي نقرها لحل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين تنحصر فيما يلي :

(١) ليس للقانون الجديد أثر رجعي ، يملك بمقتضاه إعادة النظر فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونية .

(٢) للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطانته المراكز القانونية التي لا تزال في دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المساس بما توافر في الماضي من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية .

(٣) للقانون القديم أثر مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، إلا إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب فيسترد القانون الجديد سلطانه المباشر في حكمها .

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الأصول : إما بتقرير رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القديم حيث يجب أعماله.

(١) انظر في ذلك : نقض ٣ نوفمبر ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١١ ، ع ٣ رقم ٨٥ من ٥٤٤ - ٥ مارس ١٩٦٤ ، المجموعة السالفة ، ص ١٥ ، ع ٩ رقم ٤٨ من ٢٨٠ .

(٢) انظر في ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٩ ، فقرة ٢٦ من ٧٤ و ٧٥ .



«قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر للقانون الجديد  
حيث يجب اعمال الأثر المستمر للقانون القديم »

### الطلب الثاني

#### الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزماني

٢٠٤ - تمهيد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزماني  
«الهامة» (١) ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلها، ولكنه  
لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وإنما وزعها على التقنيات  
الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل . فنتتبع هذه  
الحلول التشريعية فيما يلى :

#### ٢٠٥ - التنازع الزماني بين قوانين الأهلية

يؤدى تعاقب القوانين فى مسائل الأهلية بما يعدل سن الرشد بالرفع  
أو الخفض الى تنازع بين القانون الجديد والقانون القديم حول أمرين : الأول ،  
هو معرفة المركز القانونى لمن كان راشداً أو قاصراً فى ظل القانون القديم  
وما زال عند نفاذ القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق  
السن الجديدة المنخفضة . والثانى ، هو معرفة قيمة التصرفات التى صدرت  
من هؤلاء الأشخاص فى ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع فى ظل القانون  
الجديد . فنعرض لهذين الأمرين على التوالى لثرى الحسب الذى قرره المشرع  
المصرى فىهما .

(١) أهلية الشخص : الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، فى شأن  
تحديد المركز القانونى للشخص من حيث أهليته عند تغير القانون المتعلق  
بذلك ، هو سريان القانون الجديد ، اذ تنص المادة ١/٦ من التقنين المدنى بأن

---

(١) انظر فى الحلول الواجبة لمشاكل أخرى عملية لم يضع لها المشرع حلاً تشريعية :  
مقالنا سابق الذكر ، ص ١٦٥ - ١٨٢ .

« النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص » . وعلى ذلك إذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين ، فإن كل من لا يزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا لبلوغه الثامنة عشرة في ظل القانون القديم . وإذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين إلى الثامنة عشرة ، فإن كل من يكون بالغا عند نفاذه السن المقررة فيه ، بأن يكون بالغا التاسعة عشرة مثلا ، يعتبر راشدا فور هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا في ظل القانون القديم .

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء في حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع سريان القانون الجديد . أو في حالة رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب في بلوغ سن الرشد أمام قوانين الأهلية نظرا لارتباطها بالنظام العام<sup>(١)</sup> . وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية « ديجي » ، في حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من حيث الأهلية هو مركز قانوني موضوعي يملك القانون دائما تعديله دون أن يوصف لذلك بالرجعية .

أما في فقه النظرية الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه في حال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد في ظل القانون القديم . فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه ابتداء من يوم نفاذه ، فهذا مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد ، ما دام يقتصر على اعتبار القاصر راشدا بالنسبة إلى المستقبل أي منذ نفاذه لا منذ بلوغه من الرشد الجديدة المخفضة إذا كان قد بلغها قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم<sup>(٢)</sup> .

أما في حال رفع سن الرشد ، فيذهب الأستاذ « روبييه » إلى أن القانون الجديد لا يملك إعادة من كان معتبرا راشدا في ظل القانون القديم قاصرا من

(١) انظر في تأثر الفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للنقنن المدني بهذا التعليل :

مبسوطة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٦٥ .

Roubier, op. cit. t. II, No. 106, p. 297. (٢)

جديد<sup>(١)</sup> ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعية إعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضاء<sup>(٢)</sup> ، وإن كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية الخفيفة لعدم انصرافها إلا إلى المستقبل وحسده لابتداء من نفاذ القانون الجديد<sup>(٣)</sup> .

ولكننا لا نرى في حقيقة هذه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل القاضي بإعادة من كان معتبرا راشدا إلى حالة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضي برفع سن الرشد . إذ لم لا يقال إن انقضاء مركز القاصر في ظل القانون القديم قد أدى إلى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وإن هذا المركز من المراكز المستمرة التي تظل جارية في الأصل حتى الوفاة ، مما ينبغي معه تمكين القانون الجديد - احتروا لسلطانته المباشر - من تناول هذا المركز والمساس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس إلى الماضي بل يصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه<sup>(٤)</sup> .

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصري من تطبيق القانون القاضي

---

(١) انظر في الأشد بهذا المعنى في مصر قبل التقنين المدني الحل المفكرة الإيضاحية لقانون المجامع الحسينية الصادر في مصر سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد من الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين ( مجوعة الأعمال التشريعية للقانون المدني ج ١ ص ٢١٥ ) - عهدة الفتاح السيد ، حول الأمر الرجعي لقانون المجامع الحسينية الجديد ( المحاماة ص ٧ - ص ١٦٩ وما بعدها ) .

(٢) Rouhier, *Idem.* ; t. II, No. 106, pp. 283 - 208.

وانظر كذلك في نفس المعنى :

Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. I, No. 286.

ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك - دون رجعية - إبقاء من كان معتبرا قاصرا في ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرتفعة المحددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم فملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضاء .

(Rouhier, *op. cit.*, t. I, No. 44, p. 287)

(٣) Rouhier, *op. cit.*, t. I, No. 64, p. 344.

(٤) مقالنا مخالف الفكر ، ص ١٤٥ .

برفع عن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشداً في ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعى لأنه ينصرف الى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد في الماضي . وهو - فضلاً عن ذلك - الرأي الذى يؤيده كثير من الفقهاء الفرنسيين وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها (١) .

(٢) تصرفات الشفص : أما الجبل الذى أخذ به المشرع المصرى فى الأمر الثانى الخاص بتصرفات الشخص المبرمة فى ظل القانون القديم ، فهو عدم سريان القانون الجديد عليها تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية ، أى تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم الذى صدرت فى ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا راشدين فى حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد ( م ٢/٦ مدنى ) . والتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا قاصرين فى حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للإبطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد .

وهذا الحل يحض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أياً كان مفهوم الرجعية . فهو مبرر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب ، وفى نظرية « ديجى » على أساس عدم المساس بالأعمال الماضية ، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم .

#### ٢٠٦ - التنازع الزمانى بين قوانين التقادم

الأصل أن القانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقادم ما يزال جارياً عند نفاذه ، إذ يتعلق الأمر حينئذ بمركز قانونى ما يزال فى دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذى يتحقق فى ظله وهو القانون

(١) أنظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 20, p. 115. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 52. — Esmein, op. cit., p. 90. — Jossard, op. cit., t. I, No. 22.

الجديد ، ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون - إلا كان رجحيا -  
بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصرهم هذا التكوين إذا كانت لها فى ذاتها  
قيمة قانونية معينة . وهو ما فصله فيما على .

#### (١) انعدام الأثر الرجعى لقوانين التقادم الجديدة :

لا يملك القانون الجديد المساس بما توافر فى ظل القانون القديم من  
عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببذته ووقفه  
وانقطاعه . والمشرع المصرى صريح فى الأخذ بهذا الحل ، إذ يقضى بأن  
« النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببذته التقادم ووقفه  
وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة ( م ٢/٧  
مدنى ) » . وقد سبق أن أشرنا الى اتفاق هذا الحل (١) مع فقه النظرية الحديثة ،  
على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانونى  
فى ظل القوانين القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة  
قانونية فى ذاته ، فلا يملك القانون الجديد - دون رجعية - المساس به أو  
الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه .

#### (٢) الأثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة :

مقتضى اعمال مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد أن تسرى النصوص  
الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وهذا  
ما يقرره المشرع المصرى صراحة بنصه على أن « تسرى النصوص الجديدة  
المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » ( م ١/٧  
مدنى ) . وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ فى شأن مدة التقادم ، ولكنه  
يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الأخرى .

١ - شروط التقادم : الأصل هو سريان القانون الجديد المعدل لشروط  
التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جار . فتفسير القانون الجديد قابلية الحق

(١) انظر فى تطبيق ذلك فى شأن وقف التقادم : نفس ١٧ أكتوبر ١٩٦٦ . مجموعة أحكام  
النقض ، س ١٨ ، ج ٤ رقم ٢٢٩ ص ١٥٢٧ .

للتقادم مثلا ، يكون له اثره المباشر على التقادم الجارى . فالقانون الذى يجعل حقا او مالا غير قابل للتقادم بعد ان كان قابلا له ، ينهى فور نفاذه التقادم الجارى فى شأنه . والقانون الذى يخضع للتقادم حقا او مالا كان غير خاضع له من قبل ، يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقادم فى شأنه منذ هذا النفاذ لا قبله<sup>(١)</sup> .

٢ - **مدة التقادم** : مقتضى اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو اخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة ، ولا صعوبة فى تطبيق ذلك اذا كان القانون الجديد يطيل مدة التقادم ، اذ يجب سريان المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم<sup>(٢)</sup> . فاذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدنها بمصر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدأ فى القانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد .

واما فى حال تقصير القانون الجديد مدة التقادم ، فالاصل - اعمالا للاثر المباشر لهذا القانون - وجوب الاخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جار لما يكتمل . ولكن لا يتأتى ذلك الا باسقاط ما سبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يؤدى اليه احتسابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم واعطاء القانون الجديد بذلك انرا رجحيا لا يملكه<sup>(٣)</sup> . ولذلك اذا وجب الاخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغى سريانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لما جرى من

Roubier, op. cit., t. II, No. 90, p. 237. (١)

Roubier, op. cit., t. II, No. 90, p. 242. (٢)

Roubier, op. cit., t. II, No. 90, pp. 232, 242; t. I, note (1), p. 301. (٣)

ومع ذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الرأى فى ظل القانون القديم ضرورة وجوب احتساب المدة السابقة كذلك ، لحسم امكان اثنائها او اصدارها ( انظر : نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ . مجموعة عمر ( المدنية ) ، ج ١ ، رقم ٨ ، ص ١٦ ) .  
وانظر كذلك فى تأييد هذا القضاء وفى انتقال سبيلك التقنين المسمى المصرى الحالى الى مصلحته والاخذ بالرأى العكسى المذكور فى المتن : شمس الدين الوكيل ، الموجز فى المصطلح لدراسة القانون . ١٩٦٥ نقرة ١٤٩ ، ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

مدة قبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصري بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » ( م ١/٨ مدني ) .

ولكن لا يتأتى في كل الأحوال إطلاق أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدة على أساس عدم جريانها واحتسابها إلا منذ نفاذ هذا القانون ، إذ قد يؤدي ذلك بالقانون الجديد إلى إطالة المدة بينما هو يهدف إلى تقصيرها ، وهو ما يتحقق إذا كانت المدة السابقة جريانها تنتهي على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، لذلك يكون غير منطقي أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لا يتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة في ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول إلا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته ، وبذلك يحل الأثر المستمر للقانون القديم محل الأثر المباشر للقانون الجديد (١) . وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحل المنطقي الذي تقرره كذلك النظرية الحديثة (٢) ، إذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به ( م ١/٨ مدني ) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » ( م ٢/٨ ) .

فالأمر يتوقف إذن على قدر الباقي لاكتمال التقادم الفى بدأ في ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فإذا كان هذا الباقي أطول من المدة

(١) Bonnier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 262, 263.

(٢) أنظر سابقا - حاشي « ١ » ، ص ٢٦٤ .

ونظر مع ذلك فيما يقص به بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص في وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستثنى منها ما يطال نسبة ما مضى من مدة في ظل القانون القديم إلى المدة المقررة فيه : عهد الرزاقى السبهورى وحاشيت ابن سبيت - حاشي « ١ » ، ص ١٩٢ .  
ونظر في النظام هذا الرئي :

Bonnier, op. cit., t. II, No. 268 et seq. (3).

( م ٢٥ - فاعمل الى القانون )

الجديدة بأسرها ، بصرف النظر عن المدة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتقتنع مدة جديدة ابتداء من نفاذ القانون الجديد على الأساس القصير الوارد فيه . أما إذا كان الباقي أقصر من المدة الجديدة ، فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقي .

وعلى ذلك ، إذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة إلى عشر سنوات فلا اعتبار للسنة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة في الجريان من يوم نفاذ القانون الجديد على الأساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ . أما إذا كانت مدة التقادم في الأصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة إلى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من نفاذ القانون الجديد ، أي بانقضاء الباقي حسب المدة المقررة في القانون القديم .

#### ٢٠٧ - التنازع الزمني بين قوانين الإثبات

نص المادة التاسعة من التقنين المدني على أن « تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده » .

وبعرض هذا النص لنوع معين من الإثبات هو « الإثبات أو الدليل المهيأ » (*preuve préconstituée*) ، أي الدليل المد أو الواجب الإعداد قبل أي خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغي تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذي يتصلقي لاثباته . فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز - في شأن تكوين المركز القانوني - تقريب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذي يتم في ظله تكوين المركز القانوني هو الذي يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ<sup>(١)</sup> .

(١) Rouhier, op. cit. t. I, No. 38, p. 454.  
والتي على عكس الإثبات الواجب الإعداد أثناء سير الخصومة نظم القضاء ، فإنه يخضع بدامة لكل تغيير يحد القانون في شأنه ، أي يخضع للمسلطان المبتكر للقانون الجديد ( انظر : Rouhier, Le droit transitoire, 1900, 54, pp. 230 - 242.



وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعي . فمن الرجعية - وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة - إعادة النظر فيما تم في الماضي من تكوين مركز قانوني سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاثبات ، إذ يبقى القانون الذي تم في ظله هذا التكوين هو المرجع في شروطه وفي اثباته .

وإذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذي أعد أو كان يجب اعتماده في ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، ففي الحالتين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده (١) .

وعلى ذلك إذا كان قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ يتطلب أصلا الاثبات بالكتابة في شأن التصرفات المدنية التي تجاوز قيمتها عشرين جنيها ويكتفي بالاثبات بالشهادة فيما دون ذلك. فإن التصرف الذي عقد في ظل هذا الحكم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتى بعد تعديل هذا الحكم بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذي يميز الاثبات بالشهادة في التصرفات التي لا تجاوز قيمتها مائة جني . ولو افترضنا العكس وكان القانون القديم هو الذي يميز الاثبات بالشهادة فيما لا يجاوز مائة جني بينما جاء القانون الجديد موجبا الاثبات بالكتابة فيما يجاوز عشرين جنيها ، فإن التصرف الذي عقد في ظل القانون القديم وكانت قيمته سبعين جنيها يظل جازم الاثبات بالشهادة حتى بعد صدور القانون الجديد.

(١) في هذا المعنى :

Roubier, op. cit., t. I, No. 88, pp. 464, 465; t. II, No. 83, p. 72, et note (1)

ولكن قارن فيما ينصب اليه بعض فقهاء النظرية التطبيقية من التفرقة بين الحالتين والقول بمرئيات القانون الجديد في الحالة الأولى وبقاء الاثبات خاصة للقانون القديم في الحالة الثانية:

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, note 66, p. 127.

وانشر في انتقاد هذه التفرقة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 88, pp. 443 - 446.

وما يصدق في هذا الشأن على الأدلة المهيأة يصدق كذلك على القرائن القانونية<sup>(١)</sup> . فالقرائن القانونية تشترك مع الأدلة المهيأة في سبق اعدادها قبل أى خصومة قضائية ، ولا تختلف عنها الا في كون القانون نفسه هو الذى يتولى هذا الاعداد فى شأن القرائن بينما يقع على عاتق الأفراد انفسهم امر هذا الاعداد فى شأن الأدلة المهيأة . ولذلك فحيث يتطلب القانون اعدادا سابقة للاثبات قبل أى خصومة قضائية ، سواء بفرض ادلة مهيأة أو باستخلاص قرائن قانونية تبنى من تقرر لمصلحته من اثبات ما تقضى به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانوني اثباتي وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصول الوقائع المستخلصة منها الترتبة القانونية ، بحيث لا يملك قانون جديد - دون رجعية - إعادة النظر فيه<sup>(٢)</sup> . وعلى ذلك ، فحيث ينشأ القانون قرينة لم تكن موجودة ، فانها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها<sup>(٣)</sup> . وكذلك حيث يلغى القانون قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها - وقت وقوعها - من قرينة .

#### ٢٠٨ - التنازع الزماني بين قوانين المرافعات<sup>(٤)</sup>

فى شأن هذا التنازع ، يعمل المشرع المصرى مبدأ انعدام الأثر الرجعى

(١) راجع فى ذلك مقالنا سابق الذكر ، ص ١٧٦ - ١٧٨ .

(٢) Roubier, op. cit. t. I, No. 38, pp. 446, 448.

(٣) ولذلك فإن المادة ٩١٧ من التقنين المحلى المصرى الحال التى استحدثت قرينة قانونية على نية الإحصاء من تصرف الشخص الى أحد زوجته ولكن مع احتفاظه بتميازة الميراث المصروف فيها ويحظر من الانتفاع بها مدى حياته . لا تسرى على التصرفات السابقة على طلاق هذا الزوجين والا كان سريانها وجبياً ( فى هذا المعنى : عهد التمس البندوى : عقد البيع فى القانون المحلى ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ - منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة : البيع والمقايضة والإيجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ ، ص ٢٢ - مقالنا سابق الذكر ، ص ١٧٨ - عهد الرزاق السنهوري ، أول منطوق ج ٤ : مجلس ص ٢٥ - نفس ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٥ ، رقم ١٠٧ ، ص ٦٧٢ - نفس ١٢ فبراير ١٩٦٨ ، المجموعة السالفة ، ص ١٩ ، ع ١ رقم ٤٠ من ٢٧١ - نفس ٢٢ أبريل ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة ، ص ٤٠ ، ع ٢ رقم ١٠٥ من ٦٤٩ - ولكن قلونا : أنور سلطان : شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ - ٤٤ ) .

(٤) انظر : مقالنا سابق الذكر : ص ١٥٢ - ١٥٨ . أحمد أبو الوفا : التنازع الزماني لقوانين المرافعات ، مجلة الحقوق ، ص ١٥ ، ع ١ ، ص ٣٦ - ٣١٠ .

للقانون الجديد من ناحية ، ومبدأ اثره المباشر من ناحية ثانية . غير أنه لا يطلق هذا المبدأ الثاني كل الاطلاق ، بل يعد منه في احوال معينة بما يؤدي الى اعطاء القانون القديم اثر مستمرا .

(١) انعدام الاثر الرجعي للقانون الجديد : يطبق المشرع المصري مبدأ عدم الرجعية بنصه على أن كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك ( م ١/٢ مرافعات ) . ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقانون الذي تتم في ظله ، فإذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهي تبقى صحيحة رغم صدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة هذه الاجراءات . ذلك أن اعمال القانون الجديد وباطل ما تم صحيحا منها في ظل القانون القديم ، إنما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضي . وهو ما لا يجوز كقاعدة عامة لانعدام اثره الرجعي . ويقتضى ذلك القول كذلك بأنه اذا وقعت بعض اجراءات المرافعات باطلة طبقا للقانون الذي تمت في ظله ، فتظل باطلة كما كانت رغم صدور قانون جديد يعتبر مثل هذا النوع من الاجراءات صحيحا (١) .

وكذلك فتأكيدا لانعدام الاثر الرجعي للقانون الجديد ، تنص المادة ٢/٢ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها » (٢) .

(٢) الاثر المباشر للقانون الجديد : تشير الى هذا الاثر المادة الأولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة في ظل القانون القديم والتي لا تزال منظورة أمام القضاء . ولذلك اذا قرر قانون جديد مثلا نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاوى من جهة قضائية الى جهة قضائية أخرى ، أو من

(١) أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ١٢ ، ص ٦٤ - ٦٦ .

(٢) انظر في ذلك مقالنا سابق الذكر ، ص ١٥٤ .

محكمة الى محكمة أخرى في نفس الجهة القضائية ، فيثبت الاختصاص للجهة القضائية أو المحكمة الجديدة بنظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها في ظل القانون القديم الى الجهة القضائية أو المحكمة الأولى وما زالت منظورة امامها لم تفصل فيها بعد .

وتطبيقا للآثر المباشر للقانون الجديد ، سبق أن نص القانون الصادر بإلغاء المحاكم المختلطة على أن تحال الى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التي تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الإلغاء وبالحالة التي تكون عليها . ونص قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا التقنين وذلك بالحالة التي تكون عليها .

### (٣) أحوال الخروج على الأثر المباشر للقانون الجديد :

تطبيق القانون الجديد للمرافعات بأثر مباشر ، فقد استقر القضاء والفقه في فرنسا على الخروج على هذا المبدأ في أحوال معينة بما يؤدي الى تطبيق القانون القديم بأثر مستمر . وسأيرحها في ذلك المشرع المصري ، فأورد بضعة استثناءات من مبدأ الأثر المباشر لقوانين المرافعات تعرض لها بأبجواز فيما يلي (١) :

١ - لا تسرى القوانين المعدلة للاختصاص (٢) على الدعاوى التي أقفل فيها باب المرافعة قبل نفاذها ( م ١/١ مرافعات ) فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الأصلية وتقوم بإصدار الحكم فيها . ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم إعادة النظر في نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

---

(١) راجع في هذه الاستثناءات مقالاتنا سالف الذكر في ١٩٥٦ - ١٩٥٨ - . أحمد أبو الوفا .  
المقالة السابقة . ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) يخرج من نطاق هذا الاستثناء القوانين التي تمنح كل جهات القضاء من نظر هذا النوع من الدعاوى ( أنظر أحمد أبو الوفا ، المقالة السابقة ، فقرة ٢٠ ص ٨٦ ) .

٢ - لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات (١) على ما بدأ قبل نفاذها. من مواعيد ( م ٢/١ مرافعات ) . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء ما له من أثر مباشر . بل يستمر الميعاد في جريانه حتى ينتهي وفقا للقانون القديم الذي بدأ في ظله . والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد في نهايته على نفس الأساس الذي قامت عليه بدايته (٢) .

٣ - لا تسرى القوانين للنسبة أو الملقية لطرق الطعن على الاحكام الصادرة قبل نفاذها ( م ٣/١ مرافعات ) . فإذا صدر قانون أنى طريقا من طرق الطعن كان موجودا أو أنشأ طريقا جديدا من طرق الطعن لم يكن موجودا ، فلا يسرى هذا القانون على الاحكام التي صدرت قبل نفاذه (٣) . ولي ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق الاستئناف يظل قابلا للاستئناف رغم

(١) يخرج من نطاق هذه الاستثناء القوانين المستعجلة للمواعيد ، فهي لا تسرى - منها من الرجعية - إلا من تاريخ نفاذها كما سلف البيان ( أنظر مساجدا ص ٢٨٩ - . وأنظر كذلك : أحمد بو الوفا ، المقالة السابقة ، ص ٩٥ ) .

(٢) وفي ذلك مخالفة للقواعد الخاصة بالريان الزماني لقوانين المحلية أو القصرة لمد النظام والتي كان يجب أعمالها في شأن القوانين المعدلة للمواعيد والمهل يوجه عام ، توجيها لحللول التناقض في صدد المشاكل المتعاقبة .

Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 730.

ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة الى عدد النظام .

(٣) غير أن هذه الحالة لا تمثل استثناء من مبدأ الأثر المباشر لقانون الجديد في كل الصور . فحجب يتعلق الأمر بأحكام نهائية أو مسلات نهائية قبل نفاذ قانون منقح لطريق جديد من طرق الطعن . فيكون من الطبيعي عدم سريانها عليها . بل يكون من الرجعية - أمام تمام تكوين المركز القانوني في ظل القانون القديم - تقرير مسند الريان ( فلوب : نفس ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض ، ص ٣ ، رقم ٨٩ ، ص ٥٤ ) . ما إذا تعلّق الأمر بأحكام غير نهائية أو لم تصر بعد نهائية قبل نفاذ قانون جديد ملغ لطريق من طرق الطعن كان موجودا فتمتنع الأثر المباشر لتقرير سريانه على مثل هذه الأحكام لأن المركز القانوني ما زال جوريا لم يبع بعد تمام تكوينه . ويكون استثناء تحقيق من مبدأ الأثر المباشر حيث لا يمنع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم ( قانون مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار أن سريان القانون الجديد الملغى أو الملغى لطريق من طرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذه - نهائية كانت أو غير نهائية - هو سريان وجب وأن منع هذا السريان هو محض تطبيق لمبدأ عدم الرجعية .

Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 730.

صدر قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن في شأن مثل هذا النوع من الأحكام ، والحكم غير القابل للطعن بطريق النقض لا يصبح قابلاً للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض في مثل هذا النوع من الأحكام (١) .

#### ٢٠٩ - التنازع الزمني بين قوانين العقوبات

(١) التمسك في مبدأ عدم الرجعية : اشترتا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضي ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة . فلمشرع - إذا أراد - سحب القوانين على الماضي بنص صراحة على ذلك . غير أن سلطته في هذا الشأن معدومة في مسائل العقوبات . فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية أي تلك التي تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضي ، فلا يملك المشرع - حتى بنص صريح منه - الخروج عليه . وقد حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة وتقنين العقوبات المصري على النص على هذا المبدأ . والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون في قوانين العقوبات بخاصة ، وذلك كقالة للحريات الفردية ومنعاً من التوصل إلى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها .

ومقتضى مبدأ عدم الرجعية أن يكون التجريم والعقاب محكوماً بالقانون الذي يرتكب الفعل في ظله ، فلا يسرى على هذا الفعل أي قانون جديد . ولا خلاف على أعمال هذا المبدأ ، ليس فحسب حيث يقرر القانون الجديد التجريم والعقاب على فعل كان وقت ارتكابه مباحاً ، بل كذلك حيث يكون الفعل وقت ارتكابه معتبراً جريمة ماقبلاً عليها ولكن يقرر القانون الجديد تشديد هذا العقاب .

(٢) رجعية قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : ليس مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلق إذ يرد عليه استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح

(١) حكم محكمة النقض المذكور في الماشي السابق .

للمتهم (١) ، فيكون للمتهم للاستفادة من القوانين التي تصدر بعد ارتكابه الجريمة إذا كانت أصح له من القوانين التي ارتكب الجريمة في ظلها . وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، إذ يضي الصالح العام - وهو الذي تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء - بعدم اخذ المتهمين بجرائم قد غلت معتبرة. أفعلًا مباحة ، أو بمقوبات قد ظهرت شدتها فأنتهى الأمر الى تخفيفها .

وقد نص قنن العقوبات المصري على هذا الاستثناء من مبدأ علم الرجعية ، ينص على أنه « إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيًا قانون أصح للمتهم ، فهو الذي يتبع دون غيره » . وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية ، ( م ٢/٥ و ٣ ) . ويقتضى أعمال هذا النص التفرقة بين ما إذا كان القانون الجديد يقتصر على تخفيف العقوبة أم يصل الى إلغاؤها أو منعها أو إلغاء الجريمة .

١ - تخفيف العقوبة : إذا صدر قانون جديد ينص على عفوية أخف من العقوبة المقررة في القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبت في ظل القانون القديم ما دام لم يصدر حكم نهائي بشأنها ( م ٣/٥ عقوبات ) أي أن استفادة المجرم أو المتهم من القانون الجديد في هذه الحالة - رغم ارتكابه الجريمة في ظل القانون القديم - رهن بعدم صدور حكم نهائي

---

(١) ومع ذلك ، ينكر الأستاذ « دوييه » أن في سريان قوانين العقوبات الأصلح للمتهم عن الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجًا على مبدأ عدم الرجعية ، أنظر سابقًا ، ص ٣٦١ - ٣٦٢ ومحدث « ١ » ، ص ٣٦٢ ، وأنظر في انتقاد هذا الرأي : *Demela, op. cit., p. 158* . ومن ناحية أخرى يذهب « دييجي » إلى أنه إذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فإن العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالأصل عند في العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان أخف أو أشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم . وهو سريان طبيعي لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجًا على هذا السريان الأصل ( أو المبدأ ) ، يخضع العقاب للقانون الذي ارتكب الجرم في ظلّه إذا كان هذا القانون أخف وأصلح للمتهم من القانون الذي يصدر بالحكم في ظلّه . وبذلك يذهب « دييجي » الوضع المسلم في العقاب ، فيحصل الأصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء - لأفادته المتهم - هو تطبيق قانون الجرم .

بالمعقوبة . والمقصود بالحكم النهائي ذلك الحكم الذي استنفدت كل طرق الطعن فيه . فالتهم يستفيد إذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم في شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد . لأنه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض . أما إذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه بأحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتي به قانون يصدر بعد ذلك لا يستفيد منه المحكوم . وحكمة ذلك واضحة ، إذ أن أعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ما للحكم النهائي بالعقاب من قوة الأمر المقضى .

٢ - **الفئة الجرمية أو منع المعقوبة** : إذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة في نظر القانون القديم أو يوجد مانعا من مواع العقاب عليها ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة في ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى بالعقاب ( م ٣/٥ ) . فصدورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه ، بل وإبداء تنفيذه ، لا يحرم المحكوم عليه من الاستفادة من القانون الجديد بما يؤدي في هذه الحالة الى وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل آثاره الجنائية . وواضح أن عدم التقيد بنهائية الحكم في هذه الحالة - على خلاف حالة تخفيف العقاب - مرده الى أن أعمال القانون الملقى للتجريم أو المانع من العقاب لا يتوقف على صدور حكم قضائى جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الأمر المقضى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ المعقوبة المحكوم بها (١) .

غير أن الاستفادة من القانون الجديد في هذه الحالة لا تنصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة (٢) . فانتهاه فترة سريانها لا يحول دون ملاحقة من خالفها .

(١) في هذا المعنى :

Bonnet, op. cit., p. 198.

(٢) انظر في اتساع « قوانين العقوبات المؤقتة » للقوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتة بالطبيعة الى السوء ، وفي انتقاد سلك محكمة النقض المصرية ( نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جناي) ج ٧ رقم ٦٩ ، ص ٦٢ ) في قصرها على القوانين المؤقتة بالنص وحدها : السيد مصطفى السيد ، الأحكام العامة لقانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ١٠٤ و ١٠٥ . حالنا سالف الذكر ، ص ١٦٢ و ١٦٤ . - محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٢٥ .



أو المضي في تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقا لها ( م ٤/٥ عقوبات ) . وحكمة ذلك أنه بانقضاء فترة سريان القانون الجنائي المؤقت تعتبر أفعالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقاً للمقرر من الإفادة من القانون الأصلح أن يفيد من هذه الإباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدي - نظرا الى ما لنسلكه هذا القانون من سريان مؤقت محدود - الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا في الإفادة من الإعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية. يفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون .



# الباب الثاني

## تفسير القاعدة القانونية (١)

### ٢١٠ - تهييد وتقسيم

إذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها على ما بسطناه في الباب السابق ، لم يبق - لا مكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع - إلا تفسيرها ، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية .

فالتفسير إذن له معنى أوسع مما يتصور له أول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام - كما يرى بعض الفقهاء (٢) - ولكن الى بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين والقضاء فى الدول التى تعدد مصادر رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية من أحكام تنطبق على ما تواجهه من فروض . فإن عجزت كل هذه المصادر الرسمية عن إعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض فى العمل ، فلا مناص حينئذ من دفع التفسير - كما سنرى - الى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منها ، فهى التى تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقى . فمشكلة التفسير

(١) زاح فى ذلك بصفة خاصة :

Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1962. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, oes.

(٢) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت آيو صتيه فقرة ١٥٨ . - عبد الفتاح

عبد الباقى ، فقرة ٢٠٩ .

اذن مشكلة عامة تثار يصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله - عند نقصها - الى المصادر الأولية المكونة لجوهره .

وينبثق الوقوف - في صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية - على أنواع التفسير والهيئات المختلفة التي قد تقوم به . ثم التعرف بعد ذلك على المدارس والمذاهب المختلفة في فقه التفسير ، وهي التي يتعكس أثر اختلافها على ضوابط التفسير وطرائقه .

ومن هنا ، تقسم الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في أنواع التفسير .

الفصل الثاني - في مدارس التفسير وطرائقه .

# الفصل الأول

## انواع التفسير

لا تستغل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات مختلفة : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه ، أو قد يقوم به القضاء حينما يدعى إلى تطبيق القواعد القانونية .

### ٢١١ - التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي (L'interprétation législative) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق اشتهد حول تفسيره الخلاف في القضاء ، أو أخذ القضاء في تفسيره بمعنى ينافي قصد المشرع منه . ففي مثل هذه الأحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسباً للخلاف ، أو بياناً للمعنى المقصود من التشريع . وقد كان هذا النوع من التفسير رائجاً في الجماعات القديمة ، بل كان معتبراً أهم أنواع تفسير القانون فيها . غير أنه لم يعد للتفسير التشريعي في العصر الحديث اليوم إلا حظ ضئيل في تفسير القواعد القانونية ، بالنظر إلى انتشار مبدأ فصل السلطات واقتصار المشرع على فرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركاً إلى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة .

وفي الحالات النادرة التي يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزماً للمحاكم بحيث تنقيد به في الحكم وفقاً للتشريع السابق . وقد أشرنا من قبل إلى مدى سريان التفسيرات التفسيرية في الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائياً من القضايا .

ومن أمثلة التفسيرات التشريعية في مصر الرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي نسر ما قرره الرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض السعر الإلزامي للعملة الورقية من بطلان شرط الدفع بالذهب ، بأن هذا

البطلان لا يقتصر على المعاملات الداخلية بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجية .

والتفسير التشريعي يصدر عادة من الهيئة التي أصدرت التشريع المراد تفسيره كما في الأمثلة السابقة . غير أن ضرورات العمل قد تدعو الى تحويل هيئة أخرى حق القيام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيراً تشريعياً ملزماً كذلك . ومثال ذلك ما يخوله المشرع للهيئة العامة للإصلاح الزراعي من سلطة تفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعي تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وما كان يخوله للمجنة عليا محددة<sup>(١)</sup> من ساطة التفسير التشريعي لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة .

وقد سلفت الإشارة الى أن المشرع أعطى للمحكمة العليا أخيراً سلطته تفسير النصوص التشريعية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضامناً لوحدة التطبيق القضائي ، وذلك بناء على طلب وزير العدل ، على أن يكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً ( م ٢/٤ من قانون المحكمة العليا ) ، وذلك بقصد الاستغناء عن قيام المشرع بنفسه أو عن طريق لجان مفوضة بإصدار تشريعات تفسيرية . ولذلك تعتبر قرارات المحكمة العليا بالتفسير من قبيل التشريعات التفسيرية وتكون لها نفس قوتها الإلزامية<sup>(٢)</sup> . وقد نص الدستور المصري الجديد لسنة ١٩٧١ بصدد انشاء المحكمة الدستورية العليا التي سوف تحل محل المحكمة العليا الحالية على اختصاص المحكمة الجديدة كذلك بتفسير النصوص التشريعية ( م ١/١٧٥ ) ، وعلى نشر قراراتها الصادرة بالتفسير في الجريدة الرسمية ( م ١٧٨ ) .

## ٢١٢ - التفسير الفقهي والقضائي

يقصد بالتفسير الفقهي (L'interprétation doctrinale) ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون . أما التفسير القضائي

---

(١) تشكل هذه اللجنة برئاسة وزير العدل وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورئيس ديوان المظالم ووكيل وزارة الخزانة ( م ٩٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ في شأن نظام العاملين المدنيين بالدولة ) .

(٢) انظر سابقاً : م ٣٠٩ - ٣٦٠ .

(L'interprétation Judiciaire) ، فيقصد به ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها . والتفسير الفقهى والقضائى هو ما نقصده اساسا من الكلام فى تفسير القاعدة القانونية . ويراعى ان القضاء - وهو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما امامه من منازعات واقضية - يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدتها ، لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة . ولا معنى ذلك وجود تمازج تام بين الفقه والقضاء ، فهنا - على العكس من ذلك - يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء . فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على أى حال - أمام تداول الحصرم مختلف التفسيرات الفقهية - الى اتخاذ موقف منها بالانحياز الى بعضها دون البعض الآخر . والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول - عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام - استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحث ، مما قد يدعو الى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية . ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها مينا للقضاء الى حمل المحاكم على الطول عما استقرت عليه من قبل من تفسير .

## الفصل الثاني

### مدارس التفسير وطرائقه

توجد مدارس رئيسية ثلاث تختلف في طرائق التفسير تبعاً لاختلاف النظرة فيما بينها الى أصل القانون وأساسه . فحيث يعقد القانون بارادة المولة وتحتصر مصادره في التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه انبعاث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر وصناعة أو علم وصياغة ، توحد المدرسة العلمية أو مدرسة البحث والتفسير الحر . فنعرض لكل من هذه المدارس ، ولما تشتمل من طرائق في التفسير . ثم للتفسير في القانون المصري .

### الطلب الأول

#### مدرسة التزام النص

L'Ecole de l'exégèse

#### ٢١٣ - فقه مدرسة التزام النص وطرائقها (١)

ظهرت هذه المدرسة في أعقاب استعينات الفرنسيين التي صدرت في مفتتح القرن التاسع عشر . إذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التي لم يكن للناس عهد بها وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلي في رد القانون الى ارادة الدولة ومشئنة الشرع . فتأدب الى القول بأنه لا يوجد شيء وراء

---

(١) انظر في ذلك صفة خاصة :

Bonnecase. Introduction à l'étude du droit. 3e éd. 1929. Nos. 140 - 154.  
— Génys, op. cit., t. 2, Nos. 8 - 30.



التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وإن ههنا التقنيات قد جمعت فأوعت وتنبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض .

وامام هذا المنطق في تصور تكوين القانون ، أضحت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكأنها تنزيل من عند الله . ولم تقدر مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الواوذة به في التقنيات . فجرت شروح فقهاها على تناولها نسا نسا بحسب ترتيبها الرسمي . حتى عرفت هذه المدرسة كذلك يرسم « مدرسة الشرح على الشون » .

ولم يكن بد - والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه في مل هذا المكان من التقديس - من أن يقوم بفسير القانون في منطق هذه المدرسة على مجرد تفسير نصوص التشريع . ولما كان التشريع لا يصدر الا عن ارادة واعية بصيرة هي ارادة المشرع ، ففسير نصوصه ينحصر - عند هذه المدرسة - في الوقوف على هذه الارادة وقصد ونسبها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها . فالقواعد القانونية اذن هي مجرد تعبير عن ارادة المشرع . فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة . ومن هنا ، يتحتم - للوقوف على مضمون القواعد القانونية - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ان وحدت ، فان لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة . غير أن مدرسة التزام النص لم تذهب الى حد الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة في مجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات .

### أولا - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية :

اذ كان النص واضحا في صيغته ولا خفاء في معناه ، فهو يكشف في سر عن ارادة المشرع بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي ، مما يكاد يقتصر منه دور المفسر على التطبيق الآلي للنص ، اذ كما يقولون « لا اجتناد مع النص » . غير أن من النادر أن يأتي النص واضحا وضوحا لا يحتاج منه الى أكثر من التفسير اللفظي أو اللغوي ، فقد يكون مبهما أو ناقصا . وهنا يرجع - في

الوقوف على إرادة المشرع الحقيقية - إلى عناصر خارجية لا تستمد من الناطق النص .

(١) فقد تعين حكمة التشريع على تبين المقصود من الفاظ النص .  
فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل طرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقة .  
ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوي يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكي يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشرقها ، فلا يفيد في ترجيح أحد المعنيين إلا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب . وظاهر ان هذه الحكمة هي اتخاذ الليل ستارا يسهل في ظلامه ارتكاب السرقة . ومن هنا ، ينبغي أخذ « الليل » في تشديد العقاب بمعناه اللغوي لا بمعناه الفلكي . واعتبار هذا المعنى هو الذي اتجه اليه قصد المشرع الحقيقي .

(٢) وقد يستعان بالمصادر التاريخية التي استقى المشرع منها نصوصه في الوقوف على إرادته الحقيقية . فيرجع مثلا في القانون المصري إلى الشريعة الإسلامية لتفهم النصوص التشريعية الخاصة بالشفعة والميراث والوصية ، باعتبارها مصدرها التاريخي . ويرجع إلى القانون الفرنسي لتفهم كثير من النصوص التشريعية التي استقاهها المشرع منه .

(٣) وكثيرا ما يستعان كذلك بالأعمال التحضيرية التي صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التي دارت حولها للوقوف على معناها وقصد المشرع الحقيقي منها (١) .

## ثانيا - الانتباه إلى إرادة المشرع المقترضة :

(١) الاستعانة بطرق الاستنتاج التقني : إذا لم توجد إرادة حقيقية للمشرع يمكن الوقوف عليها بالوسائل السابقة ، بأن لم توجد نصوص

---

(١) وتأتوا بفنك ، يشتهر الاعتماد في العصر الحديث بنشر هذه الأعمال التحضيرية للاستعانة بها في التفسير . ومن الأمثلة البارزة على ذلك ، نشر الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي في سبعة أجزاء ، تضم مختلف المراحل التي مرت بها نصوصه وما دار حولها من مناقشات وطرا عليها من تعديلات إلى أن أخرجت بصورتها النهائية الحالية .

تنطبق مباشرة على بعض فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب إعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطة طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، وتنسب هذه الحلول إلى المشرع نفسه على أساس أن هذه هي إرادته المفترضة ، أى على أساس افتراض وجود إرادة للمشرع فى الأخذ بهذه الحلول وإن يكن قد أغفل التعبير عنها . ومرد هذا الافتراض إلى أن المشرع إما قد نص على نفس هذه الحلول فى فروض مشابهة أو فى فروض تكون بمنة الحكم فيها أضعف من علته فى الفروض غير المنصوص عليها ، ولما قد نص على عكس هذه الحلول فى الفروض المخالفة . أى يقوم افتراض إرادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس ، أو الاستنتاج من باب أولى ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١ - الاستنتاج عن طريق القياس : يقصد به إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة فى الحالتين . فمثلاً كانت المادة ٢٢٧ من التقنين المدنى المصرى القديم تنص على أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل انكار الكتابة أو الإمضاء ، فأمكن قياس الحتم والبصمة على الإمضاء وإعطاؤهما نفس الحكم (١) . وتنص المادة ٩٩٧ من التقنين المدنى الحالى على عدم جواز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى . فيقاس على عدم جواز النزول فى هذا الشأن عدم جواز الإيجار ، إذ العلة واحدة فى الحالتين وهى اقتصار الحق على صاحبه نفسه هو وأسرة ، ومقدار حاجتهم الشخصية (٢) .

٢ - الاستنتاج من باب أولى : يقصد به إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لأن علة الحكم فى الحالة الأولى تكون أكثر توافراً

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشيت أبو سنيث ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢٠٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٦ ص ١٩٦٨ ، فقرة ٥٤٦ ، ص ١٢٧٦ .

منها في الحالة الثانية (١) . فتقنين العقوبات المصري مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسها بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لمادة مستندة من باب أولى . والتقنين المدني المصري يقرر امتيازاً للنفقة المستحقة للأقارب عن السنة الأشهر الأخيرة ، فيستخلص منه البعض من باب أولى تقرير نفس الامتياز للنفقة المستحقة للزوجة باعتبار أن نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الأقارب (٢) .

٣ - الاستنتاج من مفهوم المخالفة : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عنها عكس حكم حالة منصوص عليها ، أما لاختلاف العلة في الحالتين . وأما لأن اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع .

فالمادة الرابعة مثلا من التقنين المدني تنص على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر . وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن الحق المبني في المواد الآتية تكون متنازعة الى جانب الحقوق المقررة بنصوص خاصة ، فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الحقوق التي لم ينص على امتيازها لا تكون حقوقاً متنازعة بل تكون مجرد حقوق عادية .

وفي التقنين المدني القديم كان منصوصاً على بطلان بيع الحقوق في تركة مستقبلية ، فاستنتج من مفهوم المخالفة أن كل ما عدا ذلك من بيع الأشياء المستقبلية يعتبر صحيحاً ، على أساس اعتبار أنه قد قصد تخصيص حالة بيع التركة المستقبلية بالبطان دون غيرها من حالات بيع الأشياء المستقبلية (٣) ، وقد أخذ التقنين المدني الحالي صراحة بضمون هذا الاستنتاج ( م ١٣١ ) .

---

(١) ومن الأمثلة البارزة التي بضرها علماء أصول الفقه في الشريعة الإسلامية على ذلك حظر ضرب الزوجة والتدبير استنتاجاً من باب أولى من قوله تعالى : ولا تقبل منه ولا تنهرهما .

(٢) سنيان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ١٩٥٧ . فقرة ١٢٩ ، ص ٢٠٩ .

عبد الحميد الدراوي ، المرجع السابق ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٤٦ ، ص ٢٢١ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري وحشت أبو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) استقلال مبادئ عامة من النصوص واستخراج حلول من هذه المبادئ : اذا لم تفلح كل طرق الاستنتاج المنطقي هذه في ايجاد حلول لما يستجد في العمل من فروض ، فيلجأ الى استخراج بعض المبادئ والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة ، ونسبة هذه المبادئ والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها في تفريع واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهة فروض العمل الجديدة على أساس انها كذلك قصد المشرع وادارته المقترضة (١) .

#### ثالثا - الوقوف عند الاداة الحقيقية للمشرع في بعض المسائل الجنائية :

ولكن مدرسة النزيم النص لا تطلق التفسير واسعا على النحو السابق يبره في كل المسائل . ففي المسائل الجنائية ، يرى انه يجب اتباع التفسير الضيق الذي يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك الى ارادة مفترضة له . وذلك احتراما للقاعدة الاصولية في المسائل الجنائية التي تقضى بأنه : لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » .

غير ان هذه القاعدة تعين نطاق التفسير الضيق الواجب في المسائل الجنائية بمجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات فحسب ، اذ يؤدي التوسع في التفسير في هذا المجال الى خلق جرائم أو فرض عقوبات لا ينص عليها القانون والمخرج بالتالي على هذه القاعدة . أما في غير هذا المجال ، حيث يتعلق الأمر بالإجراءات الجنائية أو المنع من العقاب أو الاعضاء من المسئولية الجنائية ، فلا حرج من التوسع في التفسير على النحو السابق بيانه .

وهذا المذهب في تفسير القانون الجنائي ، هو المسلم الى اليوم في الفقه

الحديث (٢) .

---

(١) Coste-Floret. Les problèmes fondamentaux du droit, 1946, p. 113.

(٢) راجع في تفسير القانون الجنائي :

السيد صفى السيد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ - ٨٧ - محمود نجيب حسني ،

المرجع السابق ، فقرات ٧٢ - ٨٢ ، وخاصة فقرات ٨٠ و ٨١ .

### ٢١٤ - نقد مدرسة التزام النص (١)

تلك هي مدرسة التزام النص في تفسير القانون . وعيب نهجها في التفسير يتركز أولا في فساد الأساس الذي تقوم عليه في تصور القانون ، فالقانون عندها هو إرادة الدولة ولا شيء غير إرادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . ولا حاجة الى بيان فساد هذه النظرة الشكلية الى القانون .

وهذه النظرة الضيقة الى القانون أدت الى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع والاسراف في استعمال طرق التفسير النطقي أو اللغوي . بشأنها . وفي الاعتماد على الأعمال التحضيرية التي مهدت لوضعها . رغم أنه ليس له حجية مطلقة في بيان قصد المشرع ، لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض .

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة الى دوران التفسير كله في فلك إرادة المشرع ، لوقوف - ليس فقط على ما اتجهت اليه هذه الإرادة فعلا - ولكن كذلك على ما يفترض انها كانت تتجه اليه وقت وضع النصوص لو أنه عرض أمامها ما سوف يستجد في العمل من فروض . وفي ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة في الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة . رغم ما ينبغي من حذر شديد في الالتجاء اليها . فيجب عدم اطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره فحسب على الحالات التي لا يكون فيها النص المقاس عليه موقرا لحكم استثنائي . والالتجاء الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون العواقب ، إذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل التمثيل بطلالة مينة تطبيقا لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ، فيكون من الخطأ اذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصا بتلك الحالة دون غيرها من الحالات الأخرى المشتركة في نفس الصفة والوضع واعطاء هذه الحالات حكما عكسيا لحكمها .

(١) راجع في ذلك جبهة خاصة :

Gény, op. cit., I, Nos. 21 - 26; 60 - 82. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 284.

وكذلك للمبودية للنصوص التي هي طابع هذه المدرسة ، ومنطقها في  
حصر هذه النصوص قسرا لاستخلاص حلول ومبادئ ونظريات عامة تنسب  
جزورا الى ارادة المشرع توصلنا الى اكسابها نفس القدسية التي تتمتع بها  
النصوص ، كل ذلك أدى الى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره في ارادة  
مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد بوضعها المهد وتغيرت  
ظروف الحياة في الجماعة أيضا تغير .

## المطلب الثاني

### المدرسة التاريخية او الاجتماعية<sup>(١)</sup>

#### L'Ecole Historique ou Sociologique

#### ٢١٥ - تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا ولم تجد لها في فرنسا الا أنصارا قليلين .  
وتأثيرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخي في تصور القانون باعتباره  
خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة . ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه المدرسة  
قيمة في ذاتها ، وانما كل قيمتها في تعبيرها عن حاجات الجماعة المتطورة  
المتجددة . ومن هنا ، فالنصوص اذا وضعت تنفصل عن ارادة واضعها ،  
وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والتفاعلة  
فيها . فالنصوص اذن لا تفسر بارادة المشرع الحقيقية او المفترضة ، لانها قد  
انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، واصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة  
بالظروف الاجتماعية المتطورة مع تقدم الزمان ، وانما تفسر وفقا لما تكون  
عليه هذه الظروف وقت التفسير .

(١) راجع في ذلك لجنة خاصة :

Gény, t. 2, No. 97. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 285.  
— Costa-Florez, op. cit., pp. 114, 120.

### ٢١٦ - تقدير المدرسة التاريخية أو الاجتماعية<sup>(١)</sup>

إذا كانت هذه المدرسة تعين بهذا المنطق في التفسير على ملاحظة تطور الجماعة الحديث رغم بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، إلا أنها تخرج في الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو إلغاء لنصوص التشريع وخلقها لقواعد قانونية جديدة . فضلا عن ذلك ، فهي تقضى على ما ينبئ القانون من تحديد وثبات واستقرار . وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء .

### المطلب الثالث

#### المدرسة العلمية<sup>(٢)</sup>

L'Ecole Scientifique

### ٢١٧ - البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد في انحصار القانون وتفسيره في التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة التفسير النص . ولتحارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعية في احضار التفسير للظروف المتطورة المتغيرة المحيطة بالجماعة .

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي « جيني » . وفضله كبير في التنبيه الى عدم أخذ القانون كشكل فحسب - يحمل طابع الدولة في صورة تشريع ، أو طابع الجماعة في صورة عرف - وأنه كجوهر قبل ذلك يتألف من حقائق أربع مختلفة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية<sup>(٣)</sup> . وعلى أساس هذا الفهم للقانون ، قامت طريقته في تفسير . فالقانون عنده لا يتمس تفسيره

---

(١) انظر في ذلك :

Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262 . 264. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste. Ibid.

(٢) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 155 . 176 bis.

(٣) راجع في ذلك سابقا . فقرات ٧٢ - ٧٦ .



في التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ، وانما يلتبس كذلك في  
بقية المصادر الرسمية الأخرى ، إذ التشريع ليس هو المصدر الرسمي الوحيد  
للقانون .

وفي تفسير التشريع ، يجب الوقوف على إرادة المشرع وقصد من  
النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل إرادي قامت على صياغته  
إرادة بصيرة وإمية لتحقيق غاية معينة . غير أن الإرادة التي ينبغى الوقوف  
عليها لتفسير التشريع هي الإرادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه  
مدرسة التزام النص بالإرادة المفترضة له . وليس معنى ذلك سد الباب أمام  
الاستنتاج المنطقي بل يمكن الالتجاء إليه وبخاصة عن طريق « انقياس » على  
أن يوضع حينئذ موضع الصريح بمعنى أن الالتجاء إليه لا يعطى الحسول  
المستخلصة منه - كما كانت تذهب مدرسة التزام النص - وصف الحلول  
التشريعية أو حجية النصوص باستنادها افتراضا إلى إرادة المشرع . وانما  
يكون الالتجاء إليه بوصفه إحدى وسائل البحث العلمي الحر الذي يعتبر نهاية  
الطاف في التفسير (١) .

فإذا لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض في العمل من  
فروض ، فيلجأ في تلخيص حلولها إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها  
العرف . فان عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن إعطاء الحلول اللازمة ،  
فلا يبقى إلا ما يسميه « جيني » ، « البحث العلمي الحر » (La Libre  
recherche scientifique) ويقصد به رجوع المفسر إلى جذر  
القانون بحقائقه المختلفة ، التي يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعية أو  
الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية ، يستلهم منها  
الحلول التي أخفقت المصادر الرسمية للقانون في إعطائها .

#### ٢١٨ - تقدير المدرسة العلمية

الواقع أن هذه المدرسة تقوم على أساس منطقي سليم . بحيث توجد

تصوص تشريعية ، لا تجعلها أكثر مما تحتل بل تقتصر في تفهيمها على استخلاص قصد المشرع الحقيقي منها دون اصطناع قصد مفترض له .  
وحيث تختلف المصادر الرسمية عن مواجهة ما يستجد من فروع ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تقرره من قواعد أى الى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون . وبعبارة أخرى .  
فانه حيث يتخلف الشكل يرجع دائما الى الجوهر . والرجوع الى جوهر القانون .  
لصدق تقصي المصادر الرسمية له ، يضع القاضي موضع المشرع حين يمد بالتشريع . غير أن رجوع المشرع لاستلزام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، لما رجوع القاضي اليه فلا يكون الا بقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضي حين يكمل تقصي المصادر الرسمية بالرجوع الى جوهر القانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة .

ولكن يراعى ، في شأن الجوهر الذى توجب هذه المدرسة الرجوع اليه عند قصور المصادر الرسمية ، ما سبقت الإشارة اليه من انتقادات لتفسير « جيني » هذا الجوهر الى حقائقه الأربع المعروفة (١) . ولذلك فإذا كنا نؤيد نهج المدرسة العلمية فى التفسير ونفضله على نهج المدارس الأخرى . فاندأ نأخذ الرجوع الى الجوهر بالمعنى الذى سبق أن فصلناه (٢) أى على أنه الرجوع الى الواقع من حياة الجماعة والى فكرة العدل التى يكشف عنها العقل .

### المطلب الرابع

#### التفسير فى القانون الوضعى المصرى

٢١٩ - نص المشرع المصرى على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعى

وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

لا يمتنع المشرع المصرى فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، بل هو يحيل القاضي أولا الى التشريع كما ينصح

(١) راجع سابقا ، فقرة ٧٧ .

(٢) راجع سابقا . فقرات ٧٧ - ٨٨ .

عنه لفظه أو نحوه ( م ١/١ مدني ) . وفي ذلك يجب الوقوف - كما تنهّب المدرسة الطبية - على الإرادة الحقيقية للمشرع دون اصطناع إرادة مفترضة له وهو ما يضمّن كثيراً من قوة ما يستخلص عن طريق الاستنتاج المنطقي ، إذ لا تكون له قوة النصوص التشريعية لفترافاً لإرادة المشرع . - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ( م ٢/١ مدني ) .

وعندنا أن الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدراً رسمياً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء (١) ، إذ لا تمدو هذه الإحالة أن تكون رجوعاً بالقاضي إلى جوهر القانون أي إلى مصادره المادية أو الموضوعية يستلهم منها الحل . وبذلك يأخذ المشرع المصري بفقه المدرسة العلمية في ضرورة رجوع القاضي إلى جوهر القانون ، إذا لم توجد قاعدة في مصادره الرسمية ، ولكن دون تقيده بحرفي بعقائقي ، جيني ، الأربع . فقد رأى المشرع المصري أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافياً للأفصاح عن معنى جوهر القانون كما بسطناه من قبل ، ولكنه يوجه إليه على أي حال . ولذلك فتمبير التقنين المدني السويسري أكثر توفيقاً في هذا الصدد (٢) ، إذ ينص على أن القاضي - حين لا يجد نصاً في التشريع أو عرفاً متبعاً - يحكم وفق ما كان يضمه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع (٣) . والمشرع - كما سبق البيان - انصأ يستلهم في وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية في الجماعة التي تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للعدل الذي يكشف عنه العقل .

والمقصود بمبادئ القانون الطبيعي - وفق ما ينتهي إليه جمهور الفقهاء

(١) عبد الفتاح عبد الجالي ، قرارات ٨٩ و ١٢٠ - - صحاح على اتم ، لفرة ٨٢ .

(٢) تارن مع ذلك الفكرة الإيجابية للمشروع التمهيدى للقانون المدني المصري الحال .

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٨ .

(٣) ولكن يكون ذلك - كما هو واضح - مع غاوق أساسى ، هو التمسك بالقضى على مجرد استخلاص حل خاضع للظنية المعروفة عليه ، دون مجاوزة ذلك إلى وضع قواعد عملياً معروفة كما يعمل المشرع ( في هذا المعنى : (Gény, t. II, No. 201)

اليوم - الموجبات المثالية العامة لنمعدل التي لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساساً للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان (١) . ويعتبر بعض الفقهاء « قواعد العدالة » مرادفة لهذه المبادئ (٢) . غير أننا نرى أنه يقصد بالإشارة إليها - فضلاً عن إحالة القاضي إلى مبادئ العدل المجرد الذي تتضمنه فكرة القانون الطبيعي - توجيهه كذلك إلى الاعتماد بالظروف والملاسات الخاصة المطروحة أمامه . فانه إذا كان القانون يهدف في المبدأ إلى تحقيق العدل تطبيقياً لاعتبارات الاستقرار والأمن والنظام في المجتمع ، إلا أنه حيث يقتصر القاضي على أن يستخلص من مبادئ القانون الطبيعي حلاً خاصاً بقضية معينة ، أي حيث لا يتعلق الأمر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا حرج من تمكنه من مراعاة جانب العدالة بالاعتداد بالظروف الخاصة إلى جوار تحقيق العدل (٣) . ولكن يراعى أن التجاء القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (٤) مقيد بعدم وجود قواعد في مصادر القانون الرسمية (٥) .

- 
- (١) أنظر سابقاً ، فقرة ٦١ (٢) . وفقرة ٦٢ .  
 (٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٠ . - محمد علي امين ، فقرة ١٢٩ . - محمد علي عرفة ، ص ١٦٧ و ١٦٨ .  
 (٣) قريب من ذلك : سليمان مرقس ، فقرة ١٦٨ .  
 و أنظر فيما يتعلق « بجبن » للعدالة من صفتين مختلفتين ، وهي مدى اعتبار العدالة معصراً من عناصر البحث العلمي الحق :  
 Gény, t. II, No. 100.  
 (٤) أنظر في التجاء القضاء المصري إلى ذلك في ظل التقنين المدني القديم : - - -  
 مصر الكلية ١٠ مارس ١٩٢٤ ، الجداول العشرى الثاني لمجلة المحاماة ( القسم المدني ) رقم ٣٠٩٠ ص ٤٤٧ . - مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٣٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ص ٤٤٨ . - استئناف مصر ٩ أبريل ١٩٣١ ، المحاماة ص ١٧ ، رقم ٤٤١ ص ٦٣ .  
 كذلك سابق الذكر ، ص ٥٣٠ - ٥٣١ .  
 (٥) نفس : ١٤ يناير ١٩٣٧ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ، ج ١ ، رقم ٣٢ ، ص ٥٢ .  
 ١٥ مايو ١٩٤٧ ، المرجع السابق ، ج ٥ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٤٣٥ .





القسم الثاني  
النظرية العامة للحق





## مقدمة

### ٢٢٠ - تقسيم

فرغنا في القسم الأول من عرض النظرية العامة لمقاعدة القانونية ،  
فيمبى - طبقاً لخطه البحث التى رسمناها - بحث النظرية العامة للحق فى  
هذا القسم الثانى .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى أولاً تحديد صاحب الحق ، ثم محله ، ثم  
المصادر التى تولده وهى ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم نشاطه واستعماله  
الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته . ولكن ينبغى التمهيد لذلك  
كله بكلمة عامة فى الحق .

ولذلك نقسم هذا القسم على النحو التالى :

باب تمهيدى - فى الحق بوجه عام .

الباب الأول - فى صاحب الحق .

الباب الثانى - فى محل الحق .

الباب الثالث - فى مصادر الحق .

الباب الرابع - فى استعمال الحق .



## باب تمهيدى

فى الحق بوجه علم

### ٢٢١ - الحق والقانون

أشرنا الى أن القانون انما يقيم نظام المجتمع ويحكم سلوك الأفراد فيه عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الأفراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية ، اذ هو يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوط علاقات الأفراد ، فيغلب بعضها على بعض ويميز بين أطراف هذه العلاقات تبعاً لذلك فيقرر للبعض منهم حقوقاً مقابل وضع واجبات على البعض الآخر . والقانون بذلك يختلف عن الأخلاق التى تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون تقرير الحقوق . كما سبق البيان .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق ، فالفقهاء يتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ويرتكز هذا الخلاف على اختلاف وجهات النظر بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي . والواقع أنه يجب التسليم باستناد الحقوق الى القانون الوضعي بحيث تستمد منه وجودها الشرعي وكفالة احترامها ، اذ لا يتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه . ولكن ليس معنى ذلك أن القانون الوضعي يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ترتكز - كما سبق البيان - على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية ، وكلها تقر للأفراد حقوقاً معينة لا يملك القانون الوضعي انكارها .

## ٢٢٢ - تقسيم

ينبغي - ونحن بصدد الكلام في الحق بوجه عام - أن نمهد لذلك بإثبات وجود فكرة الحق في ذاتها ودحض ما ذهب إليه بعض الفقهاء من انكارها .  
ثم نعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الآراء والمذاهب في هذا الصدد وتمحيصها . وننتهي ببيان أنواع الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ، وهو ما يقتضى خاتمة بحث فكرة « النعمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق المالية .

ولذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة :

الفصل الأول - فى وجود فكرة الحق .

الفصل الثانى - فى تعريف الحق .

الفصل الثالث - فى أنواع الحق .

الفصل الرابع - فى النعمة المالية .

# الفصل الأول

## وجود فكرة الحق

٢٢٣ - تمهيد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالي وجودها القانوني . غير أن كل الهجمات قد فشلت . فيما استهدفته من محو الاعتقاد في وجود فكرة قانونية مستقلة للحق ، فبقيت هذه الفكرة الى اليوم - كما وعاءها الفقه التقليدي - إحدى الدعائم الأساسية الراسية في الحياة القانونية .

فنعرض أولا لانكار فكرة الحق وما يركز عليه هذا الإنكار من حجج ، ثم نناقش هذه الحجج لنرى وجه الصواب فيها من وجوب رفضها وضرورة الإبقاء على فكرة الحق .

٢٢٤ - انكار وجود فكرة الحق

هوجمت فكرة الحق في وجودها القانوني منذ أواخر القرن الماضي مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه كان هو هجوم الفقيه الفرنسي العظيم « ديجي » Duguit ، فنكتفى بعرض مذهبه (١) في هذا الصدد .

وقد سبق إيضاح منهاج هذا الفقيه في البحث (٢) ، أي المنهاج العلمي بالمعنى الدقيق الذي لا يسلم إلا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وقد

---

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 20, pp. 200 - 215 ; Leçons de droit public général, 1906, pp. 20 - 72.

(٢) انظر سابقا ،قرة ٦٨ .

تأدى به هذا المتنازع الى محاولة تطهير القانون من كل ما يملأه من أفكار غير واقعية لا تستند الى المشاهدة والتجربة ، وفي مقدمتها فكرة الحق التي يراها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية ما وراء الطبيعة .

ويبدأ « دييجي » انكاره وجود فكرة الحق بانكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو في سبيل ذلك يهاجم المذهب الفردي الذي روج لوجود هذه الحقوق ، واتخذها أساسا للقانون حينما اعتبرها ثابتة للأفراد منذ عهد الفطرة الأولى *L'état de nature* قبل قيام المجتمع لأنها ملازمة للطبيعة الانسانية . فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد يقتضى صفته الانسانية ، يعتبره « دييجي » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادي محسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الأولى الذي يتصور فيه وجود الفرد وحيدا في عزلة تامة عن بقية الأفراد ، لا يبدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعي لا يستطيع الوجود الا في مجتمع من الأفراد ولم يوجد أبدا الا في مثل هذا المجتمع . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لأن لكل حق طرفين : طرفا ايجابيا هو صاحب الحق ، وطرفا سلبيا هو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ، وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس - وبإستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، ينهار - عند « دييجي » - ما يقيمه المذهب الفردي من تأسيس القانون على هذه الحقوق (١) .

وإذا كان « دييجي » ينكر وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد في المجتمع . وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على فرد من الأفراد هو المتحمل بعصب الواجب المقابل لهذا الحق . أى أن الحق يفترض إخضاع ارادة انسانية هي ارادة فرد من الأفراد لارادة انسانية

(١) راجع في تفصيل ذلك :

Duguit, op. cit., t. I, No. 26, pp. 208-212.

أخرى هي إرادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج في المرتبة بين الإرادات الإنسانية تتيجن بمقتضاء الإرادات العليا من التسلط على الإرادات الدنيا واخضاعها لأمرها<sup>(١)</sup> .

وهذا التدرج بين الإرادات الذي تفرضه فكرة الحق ، لا يوجد في واقع الحياة الاجتماعية ما يثبت . بل أن هذا الواقع ينقضه ، إذ لا يشاهد في المجتمع إلا وجود إرادات فردية متساوية في جوهرها ، مما يمنع منه على القانون الوضعي إقامة تدرج بينها والسو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر ، فذلك لا يتأتى إلا من جانب قوة سماوية مهيمنة على البشر<sup>(٢)</sup> .

ومن هنا ، انتهى « ديجي » إلى اعتبار فكرة الحق ، وفقا لهذا التصوير القائم على تسلط إرادة فردية على إرادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة ، قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطراحها . وتطهير الفقه القانوني منها .

وإذا كان « ديجي » ينكر فكرة الحق على أساس التصوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك أن ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده إلا القاعدة القانونية نفسها في تطبيقها على الأفراد ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات . بل الجميع في الواقع - سواء من يقوم بالواجب ومن يفيد منه - إنما يخضعون في ذلك للقاعدة القانونية . أي أن الأفراد - سواء كانوا في وضع إيجابي أو سلبي لحطاب القاعدة القانونية - يوجدون في مركز سواء بالنسبة إليها هو مركز الخضوع لحكمها<sup>(٣)</sup> . فلا يبقى معنى إذن للقول بأنها تفرض

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, p. 217; No. 28, pp. 206, 208.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, pp. 218, 219.

(٣) Duguit, t. I, No. 20, pp. 217 - 220.

واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر ، خاصة وأنها لا تملك أن تفسر في قليل أو كثير إرادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هي تنتقص من إرادة الأول ولا هي تزيد في إرادة الثاني .

وبذلك يخلص « ديجي » إلى أنه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم ، وإنما يوجد الأفراد في مراكز قانونية معينة ايجابية أو سلبية .

### ٢٢٥ - الإبقاء على فكرة الحق

لعل أكبر انتقاد يوجه إلى انكار « ديجي » لفكرة الحق<sup>(١)</sup> هو نفس الانتقاد الذي يوجه إلى أساس مذهبه كله ، وهو انتقاد متناهج في البحث الذي يريده علميا واقعيا خالصا ، فهذا المتناهج - كما سبق البيان<sup>(٢)</sup> - لا يصلح في شأن العلوم التقويمية وفي مقدماتها القانون . ولذلك فانكار « ديجي » فكرة الحق يدعوى أنها فكرة غير علمية من أفكار ما وراء الطبيعة انكار غير مقبول حتى مع التسليم جدلا بصحة هذا الادعاء ، لأن القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك إلى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع .

وقد ظن « ديجي » أنه يجد في فكرة الحق هدفا قريبا سهل الإصابة بانكاره حقوق الإنسان الطبيعية . غير أن هذا الانكار لا يطن في الحقيقة في وجود فكرة الحق نفسها ، وإنما يعني فحسب رفض التسليم بما تدعيه بعض المذاهب - كالذهب الفردي - من قياس القانون على أساس الحق ، أو من

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في تفصيل الدفاع عن وجود فكرة الحق وانتقاد انكار

« ديجي » لها :

René Capitant, *L'Illicéité*, pp. 218 - 221. — Dabin, pp. 13 - 14. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, pp. 175 - 187. — Lœnseeu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, thèse, Paris, 1901, Nov. 12, 13. — Hassan Kira, *La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien*, thèse, Paris, (dactylographiée), 1902, pp. 12-13.

(٢) راجع سابقا ،قرة ٦٩ .

وانظر في تفصيل انتقاد هذا المتناهج .  
Notre thèse précitée, pp. 28 - 37.



وجود حقوق لا تستند الى القانون لأنها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الانسانية<sup>(١)</sup> .

وأما انكار « ديجي » فكرة الحق في ذاتها فيقوم على تصويره الحق تصويرا خاطئا يجر وراءه فساد النتائج التي رتبها عليه . فلا يفكر أحد كما يدعى « ديجي » - حتى من يعرفون الحق بأنه فدره ارادية - في اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غيرها من الارادات ، بحيث يخلوها هذا الامتياز سلطة الفناء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كسل الارادات الفردية متسوية في جوهرها . وانما حقيقة الامر انه ليست ارادة صاحب الحق هي التي تلزم الغير بنفسها ، بل الذي يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الارادة وخارجية عنها . فاذا كان للمقرض مثلا حق مطالبة المقرض برد القرض في الأجل المضروب ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادة المقرض ، وانما لأن ثم وقائع بينهما سابقة على هذه المطالبة تكون مبررا لها ، هي تسلم المقرض مبلغ القرض من المقرض وتمهده برده اليه . واذا كان لمن صدرته سيارة فأصابته أن يطالب من صدره بتعويض عما لحقه من أضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن ارادة المضرور تملو على ارادة محدث الضرر ، وانما لأن خطأ محدث الضرر هو الذي يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض<sup>(٢)</sup> .

فديجي اذن لا ينكر في الواقع فكرة الحق نفسها وانما ينكر تصويرا معيننا لهذه الفكرة كسلطة إرادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذي يبسطه « ديجي » غير « ديجي » نفسه . وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضا لا يمس جوهر الفكرة ذاتها<sup>(٣)</sup> .

(١) Notre thèse précitée, pp. 28, 29.

(٢) Notre thèse précitée, p. 40.

(٣) René Capitant, thèse précitée, p. 221. — Notre thèse précitée, pp. (٢)

وآية ذلك أن « ديجي » حين ينكز فكرة الحق وينكر التقابل بين القانون « و » الحق ، يقيم تقابلا آخر بين « القانون » وبين ما يسميه « المركز القانوني » . فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانوني ؟ اليس في كلامه عن المركز القانوني ، سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه في تجريده وبين ما ينشأ للأفراد من أوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ . فانه اذا كان الأفراد يوجدون كما يقول في نفس المركز تجاه القانون ، من حيث أنهم يستوون في الموضوع لأحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات واما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ، فهم في واقع الأمر لا يستوون في المركز تجاه بعضهم البعض ، اذ يوجد كل منهم في مركز خاص به يجعله ملتزما قبل الآخرين بالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أي أن مراكز الأفراد مختلفة متفاوتة ، فهم اما في مركز المستفيد واما في مركز الملتزم بالعمل بالأعباء .

فاقتصر « ديجي » على البصر بتساوي مراكز الأفراد تجاه القانون ، انما كان على حساب اغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض ، ومثله في ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسان كبقية الناس ، ويفعل تعيينه بما يميزه عن بقية الناس ويعتق شخصيته ومركزه بينهم من حيث الاسم والسن والجنس والمهنة والوطن والجنسية وما الى ذلك (١) .

واذا اتضحت حقيقة اختلاف الأفراد في المراكز قبل بعضهم البعض ، ووجود بعضهم في مركز ايجابي وبعضهم في مركز سلبي ، فان ذلك يعنى المودة الى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع الى التقابل التقليدي بين الطرف الايجابي للحق والطرف السلبي له . وبذلك ينحصر الخلاف بين « ديجي » وبين المدافعين عن الحق في نطاق شكلي بحث ، هو المفاضلة بين اصلاح « المركز القانوني الايجابي » وبين اصلاح « الحق »

للدلالة على الفكرة التي جرى التقليد الفقهي على التعبير عنها بالاصطلاح الثاني ، والتي بقيت في حقيقة الأمر يئأس عن الخلاف على جوهرها ووجودها كما سبق البيان . ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل اصطلاح « المركز القانوني الايجابي » الذي ابتكره « دييجي » ، فاصطلاح « الحق » التقليدي - فضلا عن ايجازه المبين عن حقيقة الفكرة التي يميز عنها - قد جرى به الاستعمال منذ قديم ، حتى رسخ واستقر في الفقه القانوني . وشيوع الاستعمال وقدمه ، يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا في تظليل مصطلح على مصطلح<sup>(١)</sup> .

من كل ما تقدم ، نخلص بأن فكرة الحق تستمعي على الرفض والانكار ، وإن انكار « دييجي » لها لم يفلح في هدمها او زعزعة الاعتقاد في وجودها . فظل الفقه في غالبية الكبرى مؤمنا بها وبمكانها في عالم القانون ، بل ان اخلص أتباع دييجي أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق<sup>(٢)</sup> .

وبذلك نستطيع أن نقول ان وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون . بل ان هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية<sup>(٣)</sup> .

وإذا بقيت ثم كلمة تقال في مجال التعقيب على انكار « دييجي » لفكرة الحق ، فهي كلمة انصاف لهذا الفقيه العظيم . فموقعه في هذا الصدد ، انما

---

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. IV, p. 186.

(٢) انظر خاصة :

Rigaudi, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1934, pp. 82 - 83.

(٣) راجع في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 54 - 62.

أملاه عليه عداؤه الشديد للمذهب الفردي ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفرديّة الأنانية لأصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع . ولكن : كان يكفي لدفع هذه الحشية إخضاع استعمال الحقوق للرقابة ، دون حاجة الى هدم فكرة الحق ذاتها (١) . وهذا ما حققته بالفعل نظرية « التمسف في استعمال الحق » كما سنتفصل ذلك من بعد .

---

(١) انظر في ذلك كتابنا سابق الذكر ، ص ٥٥٦ .

## الفصل الثاني

### تعريف الحق

٢٢٦ - تمهيد

لعل من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها القول واحتدم الجدل مسألة تعريف الحق . وليس في قصدنا أن نتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات في هذا الشأن ، وإنما نقنع بأن نرد مختلف التعريفات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة ، اتجاه شخصي ، واتجاه موضوعي ، واتجاه يجمع بين الشخصي والموضوعي ، ونرى مبلغ حظ كل منهما في إعطاء صورة صادقة لما يقصد في فقه القانون من اصطلاح « الحق » .

٢٢٧ - الاتجاه الشخصي (١)

يعرف هذا الاتجاه « الحق » من خلال النظر الى صاحبه . فيرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم ، ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم . ويتصل هذا الاتجاه بهذا التعريف اتصالاً وثيقاً بالذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة ، تلك الإرادة التي تملك خلق الحقوق أو انشائها كما تملك تغييرها وانهاؤها .

ورغم أن هذا الاتجاه قد تزعمه فقهاء كبار كسافيني Savigny و « وينشيد » Windscheid ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمات كثيرة - وخاصة من « اهرنج » - إزاء ما ظهر من قصوره عن تعريف الحق .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Dahla, op. cit., pp. 55 et s. — Dagnit, op. cit., t. I, No. 25. — Ionescu, thèse précitée. Nou. 40 et s. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922, pp. 334 et s.

فالقول بأن الحق قدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر فى الشرائع من أن  
لعمدنى الارادة حقوقا كسائر الحاجات سواء بسواء ، فالمجنون والصغير غير  
المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الإرادة ، وكذلك فقد يكتسب  
الحقوق شخص دون علمه كالأغائب مثلا (١) .

وفضلا عن ذلك ، فهذا الاتجاه فى تعريف الحق يتنافى مع وجود  
اشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية ، اذ لو  
قيل بأن للأشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما يثبت لهم من حقوق ، فمن  
الصير التسليم بأن للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم  
حقوقا بالتالى .

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ،  
فهو يوجد دون وجود هذه الارادة . وليس يعنى فى ذلك أن الإرادة قد تكون  
متطلبة فى شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا  
لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لجرد مباشرته . وعلى أى حال ، فهي ليست  
لازمة دائما لهذه المباشرة ، فعادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ،  
فصديم الأهلية مثلا ، يستعمل حق ملكيته - ولا ارادة لديه - حين يسكن  
منزله أو يركب سيارته (٢) .

فالخلق اذن لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لدى صاحبه . بل ان  
مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه القدرة (٣) ، وان افترضتها  
فى بعض الأحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية ، لأن مباشرة  
الحق لا تختلط بوجوده . وبذلك لا نرى فى الاتجاه الشخصى فى تعريف  
الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه .

---

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الاعتراض الحاسم بالقول بأن الإرادة المقصودة هي  
ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق ، ولكن من الواضح أن هذا التبرير المصطنع فيه  
من الناقض ما يكفى لهدم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية ، أنظر فى انتقاد هذا التبرير :  
Dabin, op. cit., pp. 62, 63. — Douglak, op. cit., t. I, No. 25, pp. 277, 278.

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 63.

## ٢٢٨ - الاتجاه الموضوعي

كان الفقيه الألماني « اهرنج » *Ihering* من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصي في تعريف الحق . ولذلك فقد دعا في تعريفه نحو آخر موضوعيا ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعرفه بأنه « مصلحة يحميها القانون » (١) . وقد صادف هذا التعبير الموجز بداية قبولاً في الوسط القانوني أكثر مما صادفه التعريف القائم على أساس الاتجاه الشخصي ، وإن يكن لم تكتب له الغلبة في النهاية في الفقه الحديث نظرا لما وجه اليه من انتقادات كثيرة أظهرت عجزه وقصوره بفردته عن تعريف الحق تعريفا جامعا مانعا لاختلاط غيره به .

فاهرنج ينكر تأسيس الحق على الإرادة ، لأن الحق كما يثبت لنوى الإرادة يثبت لعدديهما على السواء ، ولأن العبرة ليست بإرادة تنشيط أو تسود - فإرادة الولي أو الوصي لا إرادة القاصر هي التي تنشيط ، ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولي أو الوصي - وإنما تكون العبرة بالفرض الذي قد تنشيط الإرادة من أجله ، والإرادة لا تنشيط الا لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة إذن - لا الإرادة - هي جوهر الحق . ومن هنا ، لم يكن الحق هو الذي في خدمة الإرادة ، بل الإرادة ، هي التي في خدمة الحق أي في خدمة مصلحة من المصالح ، ولم يكن صاحب الحق هو من يدعي الإرادة ، بل من يدعي المنفعة أو المصلحة (٢) . والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ، بل إن من المصالح المعنوية ما يفوق المصالح المادية في أهميتها كالحرية والشرف مثلا .

ولئن كان « اهرنج » يعتبر المصلحة هي جوهر الحق ، فهو يضيف إليها

---

*Ihering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV, (١)  
No. 71, p. 286.*

وانظر في الأخر بهذا التعريف :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سبت . فقرة ٢١٢ .

*Ihering, op. cit., pp. 322, 323. (٢)*

( م ٢٨ - للدخل الى القانون )

عنصر آخر هو عنصر الحماية القانونية التي تسبغ على هذه المصلحة . فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق الى تحقيها وإدراكها . وبذلك يتوافر عنده عنصران : عنصر جوهرى موضوعي يكمن فيه الهدف العملي للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلي يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى (١) .

ذلك هو الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق . وأول ما يؤخذ عليه أنه يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق ، بينما هي ليست كذلك دائما . فلو كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح . اذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق . فمن المصالح ما لا يرتفع الى مرتبة الحقوق . فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوى من بناء مع المؤجر على قبام الأخير بإثارة السلم وفرشه حتى الطابق العلوى ، فيدعى أن سكان الطابق السفلى يستفيدون من هذه الاثارة وذلك الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيها ومع ذلك فواضح أن هذه المصلحة لا تعطيهما أى حق قبل المؤجر في اثارة السلم وفرشه . فلا يتمتع بهذا الحق قبل المؤجر الا مستأجر الطابق العلوى وحده بناء على الاتفاق المبرم بينهما (٢) .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية . فغنى عن البيان أن أصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة في فرض هذه الرسوم لأنها تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائهم ، ورغم ذلك فليست تعطيهما هذه المصلحة حقا في فرض تلك الرسوم ، كل ما في الأمر أنهم يستفيدون منها اذا فرضت (٣) .

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق ، فضلا عن أن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه

(١) Ihering, o. cit., p. 326.

(٢) Karkounov, Cours de théorie générale du droit, trad.

Tchernoff, 2e. éd., 1914, p. 222.

(٣) Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e. éd., 1932, t. I, No. 48, p. 108.



لا التعريف بنائته أو هدفه . فالمصلحة إذن ان كانت تصلح بياناً لهدف الحق ، فهي لا تصلح بياناً أو تعريفاً بالحق في ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته (١) . فكان الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق ، انما بدور في واقع الأمر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها .

ويبقى بعد ذلك أن يراعى أن العنصر الثاني الذي يضيفه « اهرنج » إلى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس في الواقع عنصراً ثانوياً كما يرى . بل هو يكاد يبتلع العنصر الآخر الذي يعتبره العنصر الجوهرى في الحق وهو المصلحة . ذلك أن المصلحة لا تكون حقاً عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى . فكان وجود الدعوى أو عدم وجودها هو الفاصل في وجود الحق ، وكان الوسيلة إذن تقدم على الغاية وتحكم فيها ، وذلك ما لا يمكن التسليم به . فليست الدعوى بـمميز لوجود الحق ، وانما هي مجرد وسيلة لحمايته . فهي بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها إذن معيار وجوده ؟ . الواقع أن الحق لا يعتبر حقاً لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق (٢) .

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعي عاجز عن التعريف بالحق تعريفاً يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية . فهو يسلك في هذا التعريف مسلكاً مميهاً حين يعرف الحق بأشياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحة وهي الفرض منه ، والدعوى وهي وسيلة حمايته .

#### ٢٢٩ - الاتجاه المختلط

هذان هما الاتجاهان الكبيران في التعريف بالحق . وقد عرضنا بإيجاز لمعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته . من أجل ذلك لم

(١) في هذا المعنى :

Sabelko, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, No. 28, pp. 234, 236. — Dabin, op. cit., pp. 60, 70.

Dabin, op. cit., p. 69. (٢)

يبايع الفقه الحديث آيا من الاتجاهين ، بل شائع جانب كبير منه اتجاها ثالثا مخضرا ولده من التزاوج بين هذين الاتجاهين . وهو ما نسميه بالاتجاه المختلط . بحيث أصبح ينظر الى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، فيعرفه بأنه إرادة ومصلحة في آن واحد .

غير أن أنصار هذا الاتجاه المختلط في تعريف الحق ، إن كانوا سواء في الجمع بين الإرادة والمصلحة ، فليسوا سواء في أمم العنصرين تكون له الأهمية وتعد له الغلبة . فبعضهم يفلب دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو القدرة الإرادية المطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون<sup>(١)</sup> . والبعض الآخر يفلب دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة<sup>(٢)</sup> .

ومهما يكن من أمر ، فهذا الاتجاه المختلط اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما . فقد سبق أن قلنا إن الحق لا يفترض وجود قدرة إرادية لدى صاحبه ، وإنه ليس هو المنفعة أو المصلحة التي تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطقي إذن رفض الاتجاه المختلط الذي يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة إرادية معا لدى صاحب الحق<sup>(٣)</sup> .

#### ٢٣٠ - تحليل الحق وتعريفه

انتهينا الى أن الاتجاهات الثلاثة المتقدمة ليست مقنعة في شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة . لذلك نرى أن نسلك في تعريف الحق مسلكا تحليليا ندرج فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له . ولعل أول

(١) Joneau, thèse précitée, No. 49, p. 94. — Jellinek, cité par Dabin, op. cit., p. 74.

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107.

(٣) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 90.

إسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .

ما يثري اصطلاح « الحق » في الذهن هو فكرة وجود صلة او رابطة قانونية ، وفكرة اختصاص شخص من الاشخاص على مسييل الاستثناء يركز قانوني ممتاز . فنتتبع هاتين الفكرتين فيما يل :

( ١ ) **الرابطة القانونية** : ينهب جمهور الفقهاء الى ان « الرابطة القانونية » ( *Le rapport de droit* ) ، اى الرابطة التى يحكمها القانون ، لا يتصور وجودها الا بين الاشخاص وحدهم (١) . فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الاشخاص من ناحية وبين الاشياء من ناحية اخرى . ذلك ان كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا او التزاما من ناحية اخرى وليس من المحقول تكليف الاشياء بواجب معين او التزام . ومن هنا ، خطبقا لهذا النظر تكون الرابطة القانونية هى تلك الرابطة او الملاقة التى يحكمها القانون ، والقائمة بين شخصين او بين طرفين من الاشخاص ، بحيث يكون لاحدهما مطالبة الآخر بأداء معين اى مطالبة اما بالقيام بمعمل واما بالامتناع عن عمل .

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الاشخاص وحدهم نظر قاصر وغير صحيح (٢) ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض انواع الحق دون بعض ، وخاصة فى نوع معين منها هو « الحق الشخصى » اى « حق الدائنية » دون « الحق العيى » . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء فى المرج ورفهم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود اشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو قائم فى الحق العيى من وجود شخص من ناحية وشئ من ناحية اخرى ، فاحتالوا لذلك بالقول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الاشخاص فى الحق العيى كالحق الشخصى سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة

---

(١) انظر فى ذلك صلة خاصة :

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, IIe éd., par Ripert, No. 228 et s.

(٢) فى هذا المعنى :

Boudant et Veirin, *Cours de droit civil français*, 2e éd., t. IV, Les Mondes, 1908, No. 38. — Houscard, *op. cit.*, t. I, No. 108.

بين الشخص صاحب الحق العيني وبين الناس كافة بمقتضاها يلتزمون بالامتناع عن الاعتداء على حقه - وسنرى من بعد أن هذا التحايل مردود ولا حاجة إليه ، وإنما يكفي أن نستخلص من هذا التحايل الصناعي ضرورة المدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الأشخاص وحدهم .

والواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين اشخاص فحسب ، لا يصدق - فيما نرى - الا في شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » (Les rapports d'exigence) ، أي الروابط التي تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالمخضوع لهذا الاقتضاء ، ذلك أن هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الأشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء ، فثم « روابط تسلط » (Les rapports de maîtrise) تخول لشخص معين سلطة على شيء معين - وغنى عن البيان أن هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقاً قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصور أن يقع على الأشخاص وإنما هو يقع على الأشياء وحدها - فحق الملكية مثلاً يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها كرابطة تسلط لا كرابطة اقتضاء ، لأنه يخول المالك سلطة على الشيء محل الملكية دون أن ينشأ بينه وبين أشخاص معينين رابطة اقتضاء تلزمهم بعمل معين قبله .

ومن هنا ، ينبغي رد الروابط القانونية الى نوعين (١) :

(١) **روابط اقتضاء** ، وهي التي لا تكون الا بين شخص وشخص آخر ، لأنها تقتضى الزاماً بأداء معين والالزام لا يتصور وقوعه الا على عاتق الأشخاص وحدهم .

---

(١) راجع في شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :

Notre thèse précitée, notamment, pp. 102 - 105.

(٢) **بوابط تسلط** ، وهي التي لا تتصور الا من شخص على شيء ، لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص .

فإذا قلنا ان الحق يفترض وجود رابطة قانونية ، قصدنا بذلك اذن أنه يفترض اما وجود رابطة اقتضاء واما وجود رابطة تسلط .

(٣) **الاستثنائيات بما تخوله الرابطة القانونية من اقتضاء أو تسلط :**  
غير أن فكرة الرابطة القانونية بما تعطيه من اقتضاء أو تسلط ، لا تكفي وحدها للدلالة على ماهية الحق وذاتيته ، وانما ينبغي أن يكون التسلط أو الاقتضاء ثابتا لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الأفراد أو الاستثنائيات أو الاختصاص .

فالحق انما يفترض دائما وجود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة الى الآخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بأن يكون مضمون الحق — بما يخوله من تسلط أو اقتضاء — في يده يستأثر به وحده دون سائر الناس . ومعنى ذلك أن الحق يقوم على أساس من عدم التساوي بين مراكز الأفراد (١) ، فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به دون غيره من الناس (٢) . فالمالك مثلا يستأثر وحده بالتسلط على ملكه ، فلا يكون لاحد غيره من الناس مثل هذا التسلط على نفس هذا الملك . والمقرض كذلك ينفرد وحده دون سائر الناس بقدرة اقتضاء مبلغ القرض من المقرض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة في شأن نفس القرض .

من كل ذلك ، نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

(١) رابطة قانونية ، سواء كانت رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء .

(٢) استثنائية شخص وانفراده دون سائر الناس بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء .

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4. (١)

في هذا الحق :

René Capitant, Sur la nature des droits naturels, Mélanges Sugiyama, p. 81. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 648. — Notre thèse précitée, p. 94

والبصر بهذين العنصرين في الحق . يتيح التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالحريات أو الرخص العامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية الرواح والمجيء وحرية التعاقد . فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للأفراد سلطات معينة يسمح القانون عليها حمايته من أى اعتداء يقع عليها . ومن هنا ، شاع الخلط بينها وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم «الحقوق» . ولكن الفارق بينهما كبير<sup>(١)</sup> ، بما يوجب التنبيه الى أسسه .

فالحقوق اذ تفترض وجود روابط قانونية ، انما تفترض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستثناء والانفراد دون سائر الناس .

بينما الحريات أو الرخص العامة على العكس من ذلك ، لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات . ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستثناء أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعا بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استثناء واحد منهم . أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين . فعربية السير في الطرق العامة مثلا ، لا تفترض وجود رابطة قانونية ، أى لا تفترض تفاوتاً في مراكز الأفراد بعضهم بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعاً في نفس المركز بالنسبة إليها ، أى في ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل.

---

(١) انظر في الفقرة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة :

H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1906, p. 872.

وانظر في هذا المقروح التمهيدى للتقنين المدني المصري الحاصل بهذه الفقرة : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٠١ .

ولكن انظر عكس ذلك :

جيبيل الشرفاوى ، دوس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ٢٩ .

الجميع تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين .

غير أن الحرية أو الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد ، اذ بمجرد وقوع هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هي : رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا في التعويض قبل المعتدى . فالحرية أو الرخص العامة اذن ليست حقوقا في ذاتها ، ولكنها قد تولد حقوقا حينما تنشأ رابطة قانونية تخول شخصا من الأشخاص تسلطا أو اقتضاء على سبيل الانفراد والاستئثار .

فالفرق بين الحقوق وبين الحرية أو الرخص العامة اذن كالفرق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس ، والثاني لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء . وسنرى من بعد ان من النتائج التي تترتب على هذه التفرقة أن فكرة التصفى انما ترد في شأن استعمال الحقوق وحدها دون استعمال الحرية أو الرخص العامة ، ففي احكام المسؤولية التقصيرية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره أو اضراره دون حاجة الى فكرة التصفى في شأنه .

وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتمييز بينه وبين ما قد يختلط به من الحرية أو الرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق اذن بأنه هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر (١) .

ويراعى أننا قد أغفلنا في صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية

(١) راجع في ذلك :

Notre thèse précitée, note (1), p. 105.

ولان :

Daloz, op. cit., p. 36 et s. — Bonnard, le contrôle juridictionnel de l'Administration, Etude de droit administratif comparé, 1904, N°s. 14, 15.

أو الدعوى التى يزود بها الحق . ومرد ذلك الى أننا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى من عناصر الحق الجوهرية ومقوماته الداخلية .  
فالدعوى فى واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون ، فهى مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق مما يفترض أنها تالية فى الوجود لوجود الحق . فلا يتأتى منطق ادخالها اذن ضمن عناصر تكوينه الذاتية أو الجوهرية .

فالدعوى اذن اثر من آثار وجود الحق وليست عنصرا من عناصره الجوهرية (١) . ومن هنا ، كان كل حق مزودا بالضرورة بدعوى تؤكده وتحميه ، خلافا لما يراه بعض الفقهاء (٢) من امكان وجود الحق دون وجود الدعوى . فالمثل الذى يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو « الالتزام الطبيعى » لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا أن يقوم به المدين طواعية واختيارا فيعتبر وفاؤه صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، مثل غير مجد فى هذا الشأن . فهذا الالتزام ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح وبالتالي لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن . ومن هنا لم يكن تخلف وجود الدعوى فى يد الدائن لاقضاء الوفاء بهذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميه . فاذا انقضى دين بالتقادم مثلا ، فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق فى اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالي لا تكون

(١) فى هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 28, pp. 68 - 69. — Régis, op. cit., pp. 32, 33. — Notre thèse précitée, p. 32.

شقيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، ص ١٥ .  
ولكن لما كانت الدعوى أثرا من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع وجود الدعوى .  
ولا أن العكس ليس صحيحا . فليس فى وجود دعوى من الدعاوى دليل حتى على وجود حق من الحقوق ( انظر كتابنا سابق الذكر ، جلد ١ ص ٥٧١ ) .

Capitant, op. cit., No. 81. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, (٧)  
No. 188. — Normon, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon 1928, No. 328, p. 328.



جيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ، وتختلف دعواه هنا ليس دليلا على امكان  
تقيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه وانقضائه(١) .

---

(١) في هذا المعنى :

Dubba, op. cit., pp. 98, 99.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ - شمس الدين الوكيل ، قروس في النظرية  
المسجلة للحق ، ١٩٥٢/١٩٥٣ ، ص ١٦ و ١٧ - جيبيل الشرفاوى ، المرجع السابق .  
ص ٢٠٦ و ٢٠٧ -

## الفصل الثالث

### أنواع الحق

٢٢١ - تعدد أنواع الحق ، وتقسيماته المختلفة (١)

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها . وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية . ولذلك اذا كنا سنشير الى أهم هذه التقسيمات المتعددة ، فلكى نستقصى منها من بعد ما يجب لأهميته الوقوف عنده والموض فيه . بشئ من البيان والتفصيل .

(١) فتم تقسيم للحقوق الى « حقوق سياسية » (droits politiques) و « حقوق مدنية » (droits civils) (٢) . ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة . ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للأفراد فى نشاطهم المادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ، وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف فيما بينها ولكن يجمعها انتفاء الصفة السياسية .

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة . اذ تنحصر أهميته فى أن الحقوق السياسية - كاصل عام - حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الأجانب بالنظر الى ما تخوله من حقوق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة ، بينما تثبت الحقوق المدنية فى الأصل لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية (٣) .

(١) راجع فى ذلك كتابا سالف الذكر ، ص ٥٧١ - ٥٧٧ .

(٢) انظر فى ذلك :

Capitant, op. cit., 262, 263.

(٣) ولكن يمكن أن ترد استثناءات على هذا الأصل أو ذلك .

(٢) وقرب من هذا التقسيم تقسيم الحقوق الى « حقوق عامة » (droits publica) و « حقوق خاصة » (droits privés) . ويقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التي يحكمها القانون العام نظرا لآتملقها بحق السيادة فى الجماعة . أما الحقوق الخاصة ، فهي التي يحكمها القانون الخاص نظرا لعدم تمتلقها بحق السيادة فى الجماعة وقيامها بين الأشخاص بوصفهم اشخاصا عاديين . غير أن هذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القانون الى عام وخاص على التفصيل السابق بيانه ، فهو لا يضيف جديدا (١) يجعلنا نتوقف عنده .

(٣) وكذلك يجرى بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى « حقوق حالية » (droits actuels) من ناحية ، والى « حقوق مؤجلة أو مستتلفة » (droits futura) و « حقوق شرعية » (droits conditionnels) و « حقوق احتمالية » (droits éventuels) من ناحية أخرى . ولكن ليس هذا التقسيم بالذى يجب التوقف عنده . فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يقينى حال أم غير ذلك ، ولهذا تنحصر أهميته فى فترة الشك من أمر هذا الوجود : فإذا انحسم هذا الشك باثبات الوجود ، لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقوق عن بقية الحقوق ، أما اذا انحسم بنفى هذا الوجود ، فلا تكون حينئذ بصدد حق من الحقوق (٢) .

(٤) وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء ، هو تقسيمها الى « حقوق مقيدة أو مرافقة » (droits contrôlés) و « حقوق مطلقة أو تقديرية » (droits discrétionnaires) (٣) ، حيث يخضع استعمال الأولى لتعقيب القضاء ورقابته ، بينما يترك استعمال الثانية لحض تقدير أصحابها دون

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raquet, op. cit. t. I, No. 142.

(٢) انظر فى نقد هذا التقسيم كذلك :

Dabin, Le droit subjectif, 1930, pp. 105, 106.

(٣) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1 - 12.

رقابة عليهم في ذلك . وسنرى أن هذا التقسيم وهمي ، وأن الحقوق جميعا من هذا الوجه مفيدة الاستعمال تنضج في ذلك لرقابة القضاء وتعقيبه على ما سنبينه من بعد في « نظرية التصنف في استعمال الحق » .

(٥) وهناك طائفة من الحقوق تحظى باهتمام الفقهاء هي « حقوق الأسرة » (droits de famille) التي تقوم بين أعضاء الأسرة بعضهم قبل البعض ، وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه في الأسرة . ومن أمثلة هذه الحقوق سلطة الأب أو حقه في تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطة الزوج على زوجته وحقه عليها في طاعته .

ويراعى أن حقوق الأسرة تتميز في مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضجع على عاتقهم واجبات كذلك في نفس الوقت (١) فالأب مثلا إذ تكون له سلطة تأديب أولاده ، فعليه كذلك واجب هذا التأديب . والزوج إذ يكون له حق الطاعة على زوجته ، فعليه كذلك واجب إيوائها والاتفاق عليها . ومرد هذه الخصيصة في حقوق الأسرة وسلطاتها إلى أن هذه الحقوق والسلطات لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة ، وإنما تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الأسرة كلها ومصلحة الحاضرين من هذه الأسرة لهذه الحقوق وتلك السلطات .

والأصل أن حقوق الأسرة غير مالية فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو النزول عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليها ولا تنتقل بالموت إلى ورثة أصحابها . غير أن ثم حقوقا مالية تنشأ للأفراد نتيجة مراكزهم في الأسرة وعلاقات القرابة التي تربطهم بغيرهم ، كحق الإرث وحق النفقة ، ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الأسرة (٢) .

(٦) غير أن التقسيم التقليدي الذي جرى عليه أغلب الفقهاء واتبته

---

Capitant, op. cit., No. 92. (١)

. Capitant, Ibid. (٢)

أكثر التقنيتان ، هو تسييم الحقوق الى « حقوق مالية » (droits pécuniaires) ou patrimoniaux) و « حقوق غير مالية » (droits extra-patrimoniaux) وهذا التسييم له فائدة غير منكورة في تاصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقوق ، تبعا لتوافر أو تخلف القيمة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من آثار مختلفة ، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الايجابى ، وقابليتها بالتالى - على خلاف الحقوق غير المالية - للتصرف والحجز والتقادم والارث .

ولكن فائدة هذا التسييم ، لا تعجب عيى قطعه ودقته (١) . فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة . وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية لا يثبت أن يولد حقوقا مالية بالتعويض . هذا فضلا عن أن بعض الحقوق يستتبع ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها ، نظرا لما لها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهنى أو حق المؤلف الذى يعطى صاحبه حقا معنويا فى الأبوة على خلقه الفكرى وكذلك حقا ماليا فى احتكار استغلاله .

(٧) ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين (٧) نحو تقسيم آخر يقيمونه على أساس المحل ، نظرا لما للمحل من أثر كبير فى تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الأساس الى « حقوق الشخصية » (Les droits de la personnalité) و « الحقوق العينية » (Les droits réels) و « الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية » (Les droits personnels) و « الحقوق الذمئية » (Les droits de créance) ou de créance) و « الحقوق الفكرية » (Les droits intellectuels) وربط هذا التسييم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، وأن الحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة

(١) انظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 144. — Massad, t. I, No. 158.

Dubin, pp. 167 et s. — Marty et Raynaud, No. 145.

(٧)

الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذنية الى الطائفتين معا فى نفس الوقت ، فنترض لكل من هذه النماذج فى مبحث على حدة .

## المبحث الأول

### حقوق الشخصية<sup>(١)</sup>

Droits de la personnalité

## ٢٢٢ - التمييز السائد لحقوق الشخصية

يذهب جمهور الفقهاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقصدون بها الدلالة على تلك الحقوق التى تنصب على مقومات وعناصر الشخصية فى مظاهرها المختلفة ، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على هذه المقومات وتلك العناصر بقصد تنمية هذه الشخصية وحمايتها اساسا من اعتداء الأفراد أو الأشخاص الآخرين<sup>(٢)</sup> . واذا أطرنا جانبا حقوق الأسرة نظرا للخلاف حول دخولها أو عدم دخولها ضمن حقوق الشخصية ، نجد الاتفاق قائما بين جمهور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعناها الدقيق الى فرعين أوليين يعكسان وجهى الشخصية وما ترتكز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء ، والى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يستتوبه من حماية .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Perren, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 881 - 884. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1930. — Norson, thèse précitée

عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ - ٤٦ . - وكتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ - ٥٩٧ .

(٢) انظر فى التمييز من هذا الوجه بين حقوق الشخصية وحقوق الانسان . كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ - ٥٨١ .

### (١) الحقوق الواحدة على القومات المادية للشخصية :

نجد في طلبية هذه الحقوق الحق في الحياة (droit à la vie) والحق في السلامة البدنية أو الجسمية (droit à l'intégrité physique) . فلكل شخص حق يرد على جسمه يتحول له حماية هذا الجسم بأعضائه المختلفة من أى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالأصل أن الجراح يمتنع عليه اجراء جراحة للمريض الا بعد الحصول على موافقته (١) ، وأن الشخص لا يمكن إجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا ياذن بها . غير أن هذا الأصل ليس بالمطلق ، ففي الأحوال التى يستحيل فيها الحصول على اذن المريض أو اقربائه القريبين ويكون الاقدام على جراحته أمرا ضروريا وعاجلا لا يحتمل التأخير ، يبدو أن للطبيب الاقدام على الجراحة رغم تخلف اذن صاحب الشأن (٢) . وقد ترغم القوانين واللوائح الأشخاص - فى أحوال معينة - على الخضوع لفحوص طبية أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائى معين ضد بعض الأمراض أو الأوبئة . بل وقد يتولى القضاء نفسه - فى صدد خصومة مطروحة أمامه - اخضاع أحد الخصوم لفحص طبي أو تحليل علمى معين ، ولكن يكون لهذا الحكم أن يرفض الخصم - لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض ، اذ قد يستخلص القاضي من رفضه - مع انعدام أو قلة مخاطر الفحص أو التحليل المطلوب - قرينة قضائية تمزج دعوى خصمه .

واذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص - بمقتضى هذا الحق - سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء . ولذلك تنحى بعض التقنيات الحديثة ويؤيدها الفقه فى ذلك (٣) ، نحو الحد من مثل هذه السلطة المطلقة - كقالة لاحترام الانسان خطيا له من كيان حادى -

Morand, t. I, No. 680. — Marty et Raymond, Nos. 283, 461. (١)

Morand, t. I, No. 680, p. 681. (٢)

(٣) عبد الحى حجازى ، ص ٢٨ و ٢٩ - اسماعيل غانم ، ص ٢٠ و ٢١ .

(م ٢٩ - الفصل الى القانون )

بتحريم تصرف الشخص في جنسه أو في جزء منه<sup>(١)</sup> تصرفاً قانونياً حالاً منجزاً إلا إذا كان مثل هذا التصرف لا يضر خطراً على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المسمى . ولذلك يعتبر صحيحاً تصرف الشخص في بعض دمه بالهبة أو البيع<sup>(٢)</sup> .

والأصل أن حق الشخص على جنسه يظل قائماً وثابتاً له طوال حياته بحيث يقتضى بوفاته . ولكن مراعاة الكرامة الإنسانية الواجبة للجسم في حال الحياة وفي حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الأصل بإعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته ، بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والأداب . ففي هذه الحدود ، يملك الشخص أن يوصي بجثته أو بجزء منها لمهد أبحاث علمية أو طبية لأجراء تجارب عليها ، أو يوصي بعينيه لبنك من بنوك الميون<sup>(٣)</sup> ، أو يوصي بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته إلى جسم من يحتاجه من المرضى<sup>(٤)</sup> .

## (٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخصية :

إذا كانت الشخصية تستوى على مقومات مادية هي الكيان أو الجسم المادي للفرد فهي تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والكرامة والسمة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات عناصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها . ولذلك ، فحماية للشخصية ، يرى

(١) واضح أن ما ينحصر من جسم الإنسان من أجزاء أو أعضاء يصح التصرف فيه بعد انقضائه . إذ بالاتصال يصبح البدن أو الجزء محل التصرف شيئاً داخل في دائرة التعامل .  
(في هذا الشأن : عبد الحمى جيزلي ، ص ٢٩ و ٤٠ - اسماعيل غانم ، ص ٢٩ )

(٢) في هذا الشأن :  
Mansour, L. J. No. ٥٨٩

عبد الحمى جيزلي ، ص ٢٩ - اسماعيل غانم ، ص ٢٠

(٣) انظر في ذلك :  
Mansour, L. J. No. ٥٨٩ و Marty of Mansour, L. J. No. ٥٨٩

عبد الحمى جيزلي ، ص ٤٠ و ٤١  
(٤) أجريت أنفها جراحات لقلب وزراعة القلب والكلى ، ونجح بعضها .



جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للأفراد على هذه القومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم في دفع ما يقع عليها من اعتداء وفي التعويض عن أضرارها .

١ - ولل فرد حق في الشرف (droit à l'honneur) (١) ، يكفصل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسعتها بحيث يتمتع على الآخرين المساس بشخصيته من نواحي هذا الاعتبار المعنوي ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق في المطالبة برفع الاعتداء والتعويض عما لحقه من أضرار بل ان معظم القوانين ترى في الاعتداء على الشرف الشخصى اعتداء على الجماعة نفسها ، ولذلك لا تكتفى بالجزاءات المدنية بل تأخذ المعتدى كذلك - بشروط معينة - بجزاءات جنائية .

٢ - ولل فرد كذلك الحق في السرية (droit au secret) (٢) ، لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانية مصونة عن التدخل والاستطلاع ، فيمتنع على الغير افشاء أسرار شخص دون اذنه أو موافقته ، وخاصة اذا كان اطلاعه على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام أو بحكم صلته كزوج ، الا في الأحوال التى يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك . بل ويكفل القسانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء أصحاب المهن لما انتموا عليه من أسرار . ويتفرع عن الحق في السرية بوجه عام حق الشخص في سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص .

٣ - ولل فرد كذلك حق في الاسم (droit au nom) يكفصل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فيمتنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد .

٤ - واذا كان للفرد - على ما رأينا - حق على كيانه وجسمه المادى يكفل

---

(١) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 95 - 109.

(٢) راجع في تفصيل ذلك :

Nerson, thèse précitée, Nos. 82 - 94.

السلامة المادية لشخصيته ، فإن السلامة المعنوية (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد بحقوقه على الهيئته أو الصورة (droit à l'image) التى تمكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته .  
ولذلك فالأصل هو امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون اذن منه ، الا فى حالات استثنائية ، كان يتم ذلك بمناسبة حوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو لهم صفة عامة (١) .

٥ - ومن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية كذلك حق الشخص على ما يبتكره من أفكار وهو ما يعرف باسم الحق المعنوى الذهني أو « الحق المعنوى للمؤلف » (Le droit moral de l'auteur) .

فأفكار الشخص هي من صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هي شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية ، ويكون حقه فى أبوة هذه الآثار حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا ينفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استقلالها ماليا الى غيره . وهذا الحق المعنوى يخول صاحبه ، كما سنرى ، سلطة تقرير نشر اثره الفكرى أو عدم نشره ، وحق نسبته اليه وحماية هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة سحبه من التداول والنشر .

### (٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية :

لابد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدي دورها فى الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ، مثل حرية التنقل والذهاب والمجيء ، وحرية التفكير وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التصاقد ، وحرية الزواج وما الى ذلك . . . فلأفراد حق فى هذه الحريات العديدة وأمثالها ، نظرا للزومها للشخصية عن حيث تأمين وظيفتها ونشاطها . واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل فى هذه

(١) انظر فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، متن وعناش ١٥ و ١٦ ص ٥٨٧ .

الحريات ، يقول للمعتدى عليه المطالبة برفعه ووقفه والتعويض عن  
أضراره .

### ٢٢٢ - نقد التصوير السائد ، والمحد من نطاق حقوق الشخصية

تلك هي حقوق الشخصية ونطاقها في التصوير السائد في الفقه الحديث .  
لها - غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى - وهو  
يؤدى كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعة مصطنعة  
ليس لها من مبرر الا مجرد التجوز في التعبير والترخص في اغداق اصطلاح  
« الحق » دون تمييز أو تثبيت من توافر مدلوله الدقيق . ويكشف عن أمر هذه  
التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال -  
حتى في نظر الداعين لها - مفتقرة الى كثير من التحديد والتماصك .

وقد أحسن المشرع المصرى - على نحو ما يفعل بعض المشرعين الحديثين -  
كالمشرع السويسرى - بالاحجام عن مسايرة الفقه السائد في تعديد حقوق  
الشخصية على النحو السالف ذكره اكتفاء بالإشارة الى حماية هذه الحقوق  
بصفة عامة (١) بنصه على أن « كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق  
من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما  
يكون قد لحقه من ضرر » ( م ٥٠ مدنى ) .

والواقع أننا اذا أمعنا النظر فى قائمة الحقوق التى يقدمها الفقهاء للطائفة  
حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق .  
الا العدد القليل .

فالحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية ليست أصلا حقوقا بالمعنى  
الدقيق ، إذ هي بذاتها الحريات أو الرخص العامة التى تثبت للناس كافة  
دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستثناء والاعتقاد ، والتى سبق أن .

---

(١) وعلم العناية العامة يؤكدها بصفة خاصة فى عدد حق من حقوق الشخصية هو .  
حق الاسم ( م ٥٩ مدنى ) كما سترد الإشارة من بعد .

ميزنا بينها وبين الحقوق (١) . ولذلك يجب استبعادها من نطاق حقوق الشخصية .

وأما الحقوق الواردة على المقومات المادية والمنوية للشخصية ، فأقلها هو الذى يصدق عليه وصف « الحق » بالمعنى الدقيق فيصح اعتباره بالتالى ضمن طائفة حقوق الشخصية ، أما أغلبها فيفتقد هذا الوصف بحيث يجب استبعاده من نطاق هذه الطائفة . ذلك ان الحق يفترض شخصا يكون صاحبه ومجلا يقع عليه ، ويدهى وجوب انفصال المحل عن الشخص او صاحبه ، اذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومجلا له فى نفس الوقت . وأكثر الحقوق التى يقال بورودها على المقومات المادية والمنوية للشخصية انما يرد على الشخص ذاته لا على محل خارجى عنه (٢) ، ولذلك لا يحل اعتبارها من قبيل الحقوق ولا ادخالها بالتالى ضمن « حقوق الشخصية » . أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ما له كيان خارجى قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنت والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق . ولذلك ينبغي اعتبار الحق فى الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على شيء له كيان خارجى قائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص . وكذلك الحق المنوى للمؤلف حق بالمعنى الصحيح لأنه يرد على أثر فكري قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عن شخص مبتكره بالتعبير وان كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة . ومن هنا يكون صحيحا اعتبار هذين الحقين من حقوق الشخصية .

وإذا كنا نذكر صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء

(١) انظر سابقا ، ص ٤٤٠ و ٤٤١ .

وانظر كذلك فى هذا المعنى :

Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. de droit civil, 1928, pp. 371 - 374. — Notre thèse précitée, pp. 26 - 28.

(٢) فى هذا المعنى : Notre thèse précitée, p. 32 :

وقلن مع ذلك فيما يقال من تبريرات لئلى هذا المعنى :

Edmond Picard, Le droit pur, Nos. 27, 41, 42. — Dalloz, op. cit., p. 168.

وانظر فى مناقشة هذه التبريرات : كتابنا سابق الذكر ، جلد ١ ص ٤٩١ .

يحقوق الشخصية ، فليس معنى ذلك أننا نذر القيم والمصالح التي تمثلها دون حماية كما يظن البعض (١) . فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد في سلامة جسمه أو شرفه أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وإنما ليس يحتم أن تكون وسيلة الحماية هي اصطناع حق يفترق مقومات الحقوق . للحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه المناقضة الظاهرة ، إذ في فكرة المسئولية التقصيرية غناء عن عنا التحصيل على اصطناع وتاصيل مثل هذه الحقوق المزعومة (٢) .

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التي ننكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها . فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية ، لا يوجد بعد حق في سلامة الجسم أو في الشرف أو في السرية أو في الحرية . وإنما ينشأ ، بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح ، حق للمعتدى عليه في حمايتها وإصلاح أضرار الاعتداء عليها . وهذا الحق إنما مصدره فصل الاعتداء غير المشروع ومسئولية المعتدى عن خطئه المتمثل في هذا الاعتداء (٣) . ذلك أن الرابطة القانونية - وهي قوام الحق كما رأينا - لا تنشأ قبل هذا الاعتداء (٤) ، لأنه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الأشياء . أو حق بعد في اقتضاء أداء معين من شخص معين من الأشخاص (٥) . فكان هذه الحقوق المزعومة إذن في سلامة الجسم أو الشرف أو السرية أو الحرية :

(١) Massad, op. cit., t. I, No. 608.

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٩٣ .

(٣) في هذا المعنى :

Neron, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Neron. — Notre thèse précitée, pp. 91, 92.

(٤) في هذا المعنى :

Notre thèse précitée, pp. 115, 116.

(٥) وليس صحيحاً القول بأن الشخص حق في اقتضاء امتناع الكافة عن الإضرار بسلامة جسمه أو شرفه أو سره أو حرته ، إذ لا يقع على الكافة - كذا سنرى - التزام بالمعنى الدقيق حتى يقايله حق واقتضاء صحيح .

ليست إلا حقوقا في اصلاح أو تمريض الضرر الواقع على الشخص في حقوقاته  
المادية أو المعنوية أو في حرياته .

### ٢٣٤ - خصائص حقوق الشخصية (١)

إذا كانت انقطة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعددها الفقه  
السائد هي وحدها التي يصدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، فيكون  
لجميعها رغم ذلك - بين أنواع الحق - في طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق  
الشخصية » ، ما يبرزه من تميزها بخصائص ذاتية لا تشاركها فيها بقية  
طوائف الحقوق .

فمن الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لا تنفك ملازمة ولصيقة  
بالشخص ، وهو ما يستطيع اثباتها لصاحب معين لا غيره (٢) بحيث تنقضي  
بموته وانقضاء شخصيته فلا تنتقل من بعد موته بالوراثة إلى وراثته . وهذه  
الحقوق - نظرا لالتصاقها بالشخصية - تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا  
غير مالية أي لا تقوم بمال . وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة  
التعامل ، فتكون غير قابلة للتصرف أو الحجز عليها ، وتكون غير قابلة  
للسقوط أو الاكتساب بالتقادم . وعلى ذلك ، فالاسم أن كان القانون يثبت  
في حياة الأب لأولاده ، فهو لا ينتقل إلى الورثة بوفاته ، وهو كذلك لا يقبل  
التصرف أو التنازل ، ولا يسقط مهما طال مدة امتاله وعدم استعماله ،  
والحق المعنوي للمؤلف يظل له وحده حتى ولو نزل عن احتكار استغلاله ،  
وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه .

ولكن يجب عدم المبالغة في مدى هذه الخصائص ، فهي ليست على النحو  
من الإطلاق الذي قد يظن بها .

فحقوق الشخصية ، إن كانت حقوقا غير مالية ، إلا أنها قد تستتبع

(١) راجع في تفصيل ذلك مقدمة :

Morand, *Châco prédicta*, Nos. 120 - 208.

Morand, *op. cit.*, t. I, No. 642. (٢)

آثاراً مالية ، إذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقاً مالياً في التعويض ، كما سنرى . ولذلك يكون لسككي من انتحل الغير اسمه دون حق أو نازعه في استعماله بلا مبرر أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على ما يخوله له حقه المعنوي من سلطات معينة على مصنفه أو اثره الفكري ، وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر .

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق له بعض حقوق الشخصية كما في هذه الحالات ، يخول صاحبه - فضلاً عن المطالبة بالتعويض - وفقاً لقواعد المسؤولية حيث تتوافر شرائطها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية - المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على اثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء . ويجب أن لا يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق - والحق اختصاص واستثناء - مصلحة ولو معنوية قائمة دائماً وطاهرة في منع الغير من مشاركته في سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة إذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقاً بها . ولذلك فحيث يمتد على حق من الحقوق - وخاصة إذا كان من حقوق الشخصية - فإن الاعتداء يتضمن في ذاته حتماً معنى الضرر دون حاجة إلى إثباته ، ويولد المصلحة لصاحب الحق في المطالبة برد الاعتداء وإيقافه (١) .

وكذلك إذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، ألا أنه خروجاً على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات في شأن هذه الحقوق ما دامت مبنية على اعتبارات جديّة ومحققة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب . ومن قبيل ما يعتبر صحيحاً من هذه الاتفاقات : ترخيص الشخص في استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار . أدبي ، أو إذن الشخص لكاتب أو روائي في إطلاق اسمه على بعض أشخاص

(١) قرب من ذلك :

«رواياته أو مسرحياته ، أو اذن الشخص في استعمال اسمه كاسم تجارى ، أو ترخيص فنان مشهور في اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان» (١) . وكذلك يعتبر صحيحا في فرنسا - حيث تسمى الزوجة بلقب زوجها - ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة في التسمى بلقبه واستعماله (٢) .

واذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة في الاصل كذلك للاكتساب أو السقوط بالتقادم ، فقد يكون لفى المدة - استثناء - شأن في تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسى يدخل في اعتباره استطالة استعمال اسم أدبى مستعار مدة طويلة لتأكيد وحماية صاحبه في استعماله ، بحيث لا يحل لشخص يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد استعماله له هذه المدة الطويلة (٣) .

واذا كانت حقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، فاستثناء من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم فى بعض سلطات حقه المعنوى ، كقالة لذكراه وحماية لأفكاره (٤) .

---

Nerson, thèse précitée, No. 155, pp. 401, 402. — Perreau, (١)  
article précité, p. 512.

Marty et Raymond, op cit., t. I, No. 298, p. 1180. (٢)

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 525, 524, et pp. 551, 552. (٣)

Nerson, thèse précitée, No. 298. — Mazeaud, op. cit., t. I, (٤)  
No. 523.



## المبحث الثاني

### الحقوق العينية والحقوق الشخصية او حقوق الدائنية (١)

#### ٢٣٥ - تمهيد

إذا كانت « حقوق الشخصية » التي فرغنا من عرضها حقوقا غير مالية ، فإلى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم « الحق العيني » و « الحق الشخصي » أو حق الدائنية » . وقد أثرنا دراسة الحقين معا في مبحث واحد ، نظرا لأن أمر التفرقة بينهما كان محللا لجدل كبير في الفقه . فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالي ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهما ووجوبها بما يتفرع عليها من آثار .

#### الطلب الأول

##### الحق العيني

Le droit réel

#### ٢٣٦ - تعريف الحق العيني ، وأنواعه

التعريف السائد في الفقه منذ قديم للحق العيني هو أنه يغول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي (٢) ، بحيث توجد صلة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق ، فلا يحتاج في سبيل أعماله والتمتع بسلطاته على الشيء إلى تدخل من جانب شخص آخر . فقيام الحق العيني إذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وهذه الصلة المباشرة أمر طبيعي

(١) راجع في ذلك مقدمة :

Rigaud, *Le droit réel*, thèse, Toulouse, 1912 — Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, Toulouse, 1902. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 121. — Notre thèse précitée, pp. 95-105.

(٢) وكذلك سئرى أن الحق العيني ليس حقا عينيا ، لأنه حق يرد على شيء غير مادي.

( انظر لاحقا ، المبحث الثالث من هذا الفصل )

ما دام المحل شيئاً لا إرادة له بحيث يخضع لإرادات الأفراد وتسلمهم دون اختيار . ولذلك سبق أن أشرنا إلى أن الحق العيني يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » ، لأن صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء ، وإنما يخضعه مباشرة لسلطانه وتصرفه .

وإذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها في تحويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادي فإنها تنقسم مع ذلك إلى نوعين كبيرين : « الحقوق العينية الأصلية » ( Les droits réels principaux ) و « الحقوق العينية التبعية » ( Les droits réels accessoires ) . ولا يعنى وصف الأولى بالأصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الأولى وترتكز عليها . وإنما تعتبر الثانية تبعية ، لأنها تتبع حقاً من الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وتستند في وجودها إليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له . ولذلك فإذا وصفت الأولى بأنها أصلية ، فما ذلك إلا لفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالاً دون استناد إلى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق .

### ٢٢٧ - الحقوق العينية الأصلية

قلنا أن الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق العينية المستقلة التي لا تتبع حقاً آخر أو تستند في وجودها إليه ، وإنما توجد لأنها مقصودة لذاتها بنا تعطيه لأصحابها من سلطات الاستئصال على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية ، وهي لا تخرج عن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف . غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعاً لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ما تخوله من هذه السلطات الثلاث . فحيث تتجمع هذه السلطات مما في يد صاحب الحق ، يسمى الحق « حق الملكية » . ونحيث تنجز أو تنوزع هذه السلطات ، تخرج عن حق الملكية . حقوق أخرى تعتبر اقتطاعاً منه . ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسي في طائفة الحقوق العينية الأصلية ، بينما تعتبر باقي الحقوق العينية الأصلية الأخرى بالنسبة إليه مجرد حقوق فرعية . فنمض

(١) حق الملكية (Le droit de propriété) أقوى الحقوق  
المتينة الأصلية وأوسعها مضمونا وسلطات هو « حق الملكية » ، اذ يخول  
لمصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادي من استعمال واستغلال  
وتصرف ( م ٨٠٢ مدني ) .

فلمالك الشيء استعماله ، أي استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من  
أوجه الاستخدام . كركوبه سيارته أو إقامته في بيئته أو قراءته كتبه . وله  
كذلك استغلاله أي الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، كنتاج الماشية  
وصوف الأغنام والحاصلات الزراعية وأجرة المبنى والأراضي الزراعية وفوائد  
السندات وأرباح الأسهم . وله - فضلا عن ذلك - التصرف في الشيء ، أي  
التسلط على رتبة الشيء أو على كيانه ووجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم  
في مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كلياً أو جزئياً . وتصرفه في الشيء  
إما أن يكون مادياً بافناؤه والقضاء على مادته أو بتغييره تغييراً جوهرياً يقلب  
وطيفته والغرض منه ، وإما أن يكون قانونياً بالنزول عن ملكيته إلى الغير أو  
بتقرير حق عيني أصلي آخر أو حق عيني تبعي للغير عليه .

والأصل أن حق الملكية حق دائم أو مؤبد ، بمعنى أن الشيء المملوك يظل  
على الدوام محملاً بحق الملكية رغم تغير أشخاص ملاكه وتعاقيهم . ولذلك  
لا يتصور - مع استمرار بقاء الشيء - أن توفقت ملكيته بمدة معينة تنقضي  
بعدها نهائياً دون أن تثبت لأحد من الأشخاص ، أو تنقضي هذه الملكية  
بالتقادم المسقط أي بعدم الاستعمال مدة طويلة (٢) ، أو أن تسقط هذه الملكية  
بمجرد الترك أو الإسقاط من المالك دون أن ينقلها في نفس الوقت إلى  
الغير (٣) .

---

(١) راجع في ذلك : كتابنا « الحقوق المتينة الأصلية » الجزء الأول ، حق الملكية ،  
الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ .

(٢) ولكن ليس ما يمنع من أن يكتسب الغير الملكية بالتقادم أو مرور الزمن . اذ ليس في  
ذلك ما يتنافى مع دوام الملكية حيث لا يتغير بهذا التقادم اكتساب الشخص المالك وحده مع  
استمرار بقاء حق الملكية نفسه .

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، يباح ترك أو إسقاط الملكية في المتقولات وحدها دون العقارات.  
بحيث تعود المتقولات المتروكة مباحة سلبية غير مملوكة لأحد ، فيمكن من بعد أن يستول عليها  
أي شخص وإن يتسلها بهذا الاستيلاء ( انظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، ص ١٦٩ و ١٧٠ ) .

والأصل كذلك أن تثبت ملكية الشيء مالك واحد يستأثر عليه وحده بكل السلطات ، وهذه هي الملكية العادية أو المفروزة . ولكن يمكن أن تثبت ملكية الشيء لعدة ملاك في نفس الوقت ، بحيث يكون لكل منهم حصة حسابية في الملكية كالربع أو الثلث أو النصف دون أن يتجزأ الشيء بعد بينهم بما يوازي هذه الحصص ، كمدة وزنة يرتون قطعة أرض من مورثهم فيتملكونها غير مجزأة معا كل بقدر نصيبه في الارث . وهذه هي الملكية الشائعة . ومن الواضح أن الملكية الشائعة تتحول الى ملكيات عادية مفروزة ، اذا تم من بعد تقسيم الشيء الشائع بين الشركاء بحيث يفرز لكل منهم جزء من هذا الشيء يوازي حصته الأصلية في الشيوع .

(٢) **الحقوق المنفردة عن الملكية :** هي الحقوق العينية التي تقطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك . وقد حدد التقنين المدني الحالي هذه الحقوق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ، فتعرض لكل منها بإيجاز على التوالي .

١ - **حق الانتفاع (droit d'usufruit)** هو حق يدخل لمنفعة سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه ، اذ تظل سلطة التصرف باقية في يد المالك لأنه ما زال - رغم تقريره للغير حق انتفاع على ملكه - محتفظا بملكية الرقبة . وعلى المنتفع - طوال انتفاعه - أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد ( م ١/٩٩٠ مدني ) ، وأن يردده عند انتهاء حق الانتفاع . وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين ( م ١/٩٩٣ مدني ) .

٢ - **حق الاستعمال وحق السكنى :** يقتصر حق الاستعمال (Le droit

d'usage) على تحويل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره ، فبدل يختلف اذن عن حق الانتفاع في أنه لا يدخل لصاحبه كذلك سلطة استغلاله . وإذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ « حق السكنى » (Le droit d'habitation) ، واقتصر على تحويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الأخرى ، ودون استغلالها من باب أولى

بالتأجير مثلا الى الغير . وينحدد في الاصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو واسرته اخاصة انفسهم (م ٩٩٦ مدني) . ولا يجوز النزول للغير عن اى منهما الا بناء على شرط صريح أو ميرر قوى (م ٩٩٧ مدني) . وكلا الحقين - كحق الانتفاع - حق مؤقت ينتهى بانقضاء الاجل المعين أو حتى قبل انقضائه في حال موت صاحبه .

٣ - حق الحكر : يتقرر هذا الحق على الارض الموقوفة (١) ، ويخسول لصاحبه - ويسمى المحتكر - استعمالها بالفراس فيها أو البناء عليها . وهو يملك ما يحدنه فيها من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدني) . ولا يجوز التحكير الا لضرورة أو مصلحة . ويجب على اى حال أن لا يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني) .

وحق الحكر حق مؤقت ينتهى بحلول الاجل المعين له . ولكنه - على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى - لا ينقضى بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الاجل وبعد بنائه أو غراسه . أما اذا كان الموت قبل البناء أو الفراس . فالأصل هو انقضاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه (م ١٠٠٨/١ و ٢ مدني) .

٤ - حق الارتفاق (Le droit de servitude) : الارتفاق - كما يعرفه المشرع - « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » (م ١٠١٥ مدني) . والعقار المثقل بالارتفاق أو العقصار المرتفق به يسمى « العقصار » والعقار المرتفق اى المقرر لفائدته الارتفاق يسمى « العقصار » .

---

(١) - مع حائزا قريب حق حكر على ارض غير موقوفة هذه العمل بالتقنين المدني العنق ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . « مع ذلك يظل مستمرا ما كان مرتبطا من قبل دسا وقت العمل بهذا التقنين من حكر على ارض غير موقوفة (م ١٠١٢ مدني) » .  
وكذلك المشرع المصري عد ارض الوقف الاصل بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فقد دى ذلك الى انتهاء « لا يحكر المرتبة على الاعين الموقوفة وفقا اهل » . ثم لم يلبث المشرع بعد ذلك ان حتى فى سياسة تصفية الاحكام على الاوقاف الخيرية فاجاز القانون رقم ٢٤٦ لسنة ١٩٥٣ لوزير الاوقاف « انهاء » اذا اقتضت المصلحة ذلك . ثم جدد بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ مهنة خسر سنوات ٢٠ -م هذا الانهاء ، وهدت هذه المهلة بعد ذلك .

المخدوم ، • ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذى يوجد طريقاً أو ممرًا للعقار المرتفق أو المخدوم عبر العقار المرتفق ، أو الحادم ، وحق الحقل الذى يسمح فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة .

ولما كان حق الارتفاق مقرراً لمنفعة عقار معين ، فمعنى ذلك أن المنفعة التى يحققها منفعة عينية تتملق بالعقار لا منفعة شخصية تتعلق بمالكه . ولذلك فالأصل بقاء هذا الحق واستمراره رغم تغير ملاك العقار المرتفق . ولكن ليس معنى هذا أنه يعتبر حقاً أبدياً أو دائماً فى جوهره (١) بل تملك الإرادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهازه باقتضاء هذا الأجل ( م ١٠٢٦ مدنى ) .

وعلى خلاف حق الملكية الذى لا ينقضى مهما طاللت مدة عدم استعماله ، تخضع كل الحقوق العينية المنفردة منه للتقادم المسقط فتنقضى بضى المدة القانونية على عدم استعمالها ( م ٩٩٥ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدنى ) .

### ٢٣٨ - الحقوق العينية التبعية

يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق العينية (٢) التى توجد لتأمين أو لضمان الوفاء بحق شخصى أى بحق دائئيه ضماناً خاصاً ، فهى تابعة لهذا الحق المضمون ، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها . فهذه الحقوق تأمينيات أو ضمانات عينية لوفاء الديون ، إذ تخول للدائن بسلطة تتبع الشيء الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه

(١) انظر كتابنا سابق الذكر ، ج ١ ، عاشر ص ١٦٤ .

(٢) انظر فى اعتبار هذه الحقوق حقوقاً عينية :

شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد ، ج ١ ، فى التأمينات العينية ، فقرة ٢٨ - كتابنا أصول القانون ضمن « ١ » ص ٦٠٦ .

وقارن مع ذلك :

Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1931, pp. 580-612. V. Nos. 40-50, pp. 584-612.

شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، فقرة ١١ وما بعدها .

من قيمته النقدية بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين المصادين غير المزودين بمثل هذه الحقوق . ولذلك تجنب الحقوق المينية التبعية أصحابها مخاطر الضمان العام وما يجره من اقتسام الدائنين أموال المدين قسمة غرماء أى بنسبة دين كل منهم .

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها أنواعا ثلاثة ، حسب الرهن وحسب الاختصاص وحسب الامتياز . والاول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثاني يأمر من القضاء ، والثالث ينص فى القانون .

#### (١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى :

١ - **الرهن الرسمى (Le droit d'hypothèque)** : ينشأ هذا الرهن عن عقد رسمى يخول الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه ، سلطة التقدم على الدائنين التالى له فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون ( م ١٠٣٠ مدنى ) .

٢ - **الرهن الحيازى (Le droit de gage)** : ينشأ هذا الرهن عن عقد يخول للدائن سلطة حبس الشيء المقدم كضمان للدين الى حين استيفائه . وسلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالى له فى المرتبة فى اقتضاء دينه من ثمن الشيء فى أى يد يكون ( م ١٠٩٦ مدنى ) .

واذا كان هذان الحقان يخولان للدائن المرتين سلطة تتبع الشيء المرهون فى أى يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء دينه ، فانهما يختلفان فى أن حق الرهن الرسمى لا ينشأ الا بمقتضى عقد رسمى يحرر أمام موظف مختص والا كان باطلا ، اما حق الرهن الحيازى فينشأ بمقتضى عقد رضائى أى بمجرد التراضى . وكذلك يختلف الحقان فى أن حق الرهن الحيازى يقع على العقار أو المتقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمى فى الاصل الا على العقار وحده . وكذلك فانه يترتب على حق الرهن الحيازى وضع الشيء المرهون فى حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال فى حق الرهن الرسمى حيث يبقى العقار المرهون فى حيازة مالكة .

( م ٣٠ - المخل الى القانون )

(٢) **حق الاختصاص (Le droit d'affectation)** : لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به • وهو لا يتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن حسن النية الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ، ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين ( فلا يتقرر على منقولاته ) ، وذلك ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات ( م ١٠٨٥ / ١ مدنى ) • ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، أى يكون له حق التتبع وحق التقسم أو الأولوية فى اقتضاء الدين من المقابيل التقسدى للشيء • ولذلك يسرى على الاختصاص فى الأصل ما يسرى على الرهن الرسمى من احكام ، فيما عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة ( م ١٠٩٥ مدنى ) •

(٢) **حق الامتياز (Le droit de privilège)** : ينشأ هذا الحق بنص القانون ، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمى أو رضائى كحق الرهن بنوعيه • وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين ، فيعتبر القانون الديون التى تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفىها الدائنون بالتقدم والأولوية على غيرهم من الدائنين ( م ١١٣٠ مدنى ) • وهذا الحق اما عام يرد على جميع أموال المدين (١) من منقول وعقار ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا •

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن السنة الأشهر الأخيرة كأجور ورواتب الحزم والكتبه والعمال ، وكأنما لما تم توريده من مأكلا وملبس ، وكنفقة مستحقة فى ذمة المدين لأقاربه ( م ١١٤١ مدنى ) • ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة ، الامتياز المقرر لما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من

---

(١) ولكن يكون من المستحقوق فيه حينئذ إعطائه وصف الحق العيني ، أنظر : شمس الدين

الوكيل ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٤ - وكتابنا سالك الذكر ، ضمن ص ٩٥ من ٦٠٩ •



منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي ( م ١١٤٣ مدني ) ، والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل - عن اجرة الإقامة وللزونة وما صرف لحسابه - على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته ( م ١١٤٤ مدني ) ، والامتياز المقرر على الشيء المبيع لمسا يستحق لبائعته من الثمن وملحقاته ( م ١١٤٥ و ١١٤٧ مدني ) .

### الطلب الثاني

#### الحق الشخصي أو حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

#### ٢٣٩ - تعريف الحق الشخصي أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصي عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أي عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بإداء معين أي القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق في اقتضاء هذا الأداء من المدين . فالحق الشخصي إذن هو سلطة تثبت لشخص معين في اقتضاء أداء معين من شخص آخر . واصطلاح « الحق الشخصي » الشائع عن هذا النوع من الحقوق إنما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص ، وتحقيقه عن طريق شخص معين غير صاحبه . ولكن لعل في التعبير عن الحق الشخصي باصطلاح « حق الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الأشخاص إذا نظر إليها من ناحية الدائن ، فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح « الحق الشخصي » واصطلاح « حق الشخصية » المبرر عن حق نصيب بالشخصية .

والحق الشخصي أو حق الدائنية - كما يبين من تعريفه - ليس محله - كالحق العيني - شيئا من الأشياء ، وإنما محله دائما عمل معين (١) من جانب

---

(١) وذلك حتى في مسودة الالتزام بإعطاء أي الالتزام بتقرير حق عيني على شيء من الأشياء . - فحق مشتري العقار في اقتضاء نقل الملكية إليه من بائعه - وهو حق شخصي - ليس محله العقار المبيع ، وإنما محله عمل إيجابى هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية إلى المشتري عن طريق المساهمة في إجراءات التسجيل ( في هذا المعنى : محمد سامي مدكور ، ص ١٥ - اسماعيل غانم ، ص ٢٧ ) .

معتين حقين ، سواء كان هذا العمل ايجابيا او سلبيا . ومثال العمل الايجابي التزام المقرض يرد مبلغ القرض الى المقرض ، والتزام المقاول ببناء منزل . والتزام الطبيب باجراء جراحة معينة . ومثال العمل السلبي أى الامتناع عن عمل معين : التزام بائع المحل التجارى قبل مشتره بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى نفس المي طوال مدة مطلومة ، والتزام كاتب شهر - متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيها مدة معينة - بعدم الكتابة فى غيرها طوال مدة العقد .

واذا كان الأداء أو العمل على اختلاف صوره الايجابية والسلبية محلا للحق الشخصى ، فينبغى أن تتوافر لهذا الأداء أو العمل صفة مالية<sup>(١)</sup> ، بمعنى أن يكون فى الامكان تقديره بالنقود ، حتى ولو كانت المصلحة التى يستهدفها صاحب الحق الشخصى من وراء هذا الأداء محض مصلحة أدبية أو معنوية<sup>(٢)</sup> . ومالية الأداء هى التى تؤدى إلى اعتبار الحق الشخصى حقا من الحقوق المالية ، وإلى تمييز الالتزام بصفته المالية عن مجرد الواجبات القانونية التى تقتقد الصفة المالية . وهى التى تؤدى كذلك الى دخول الحق الشخصى ضمن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن ، وإلى دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين .

والحق الشخصى ليس فى واقع الأمر الا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء .

(١) انظر فى هذا المعنى بوجه خاص :

عبد الحى حجازى ، النظرية السلسلة للالتزام ، ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ٢٤ وما بعدها . - اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦ ، ص ١٠ و ١١ ، ومعهش ٤٧ ص ٦١ - ٦٢ ، مصادر الالتزام ، المقصد والارادة المفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ٦ ، ص ١٥ و ١٦ . - سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، فى مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٦ ، ص ١٧ و ١٨ . - جلال المدنى ، أصول المحاكمات ، ١٩٦٧ ، ص ٤٣ .

وانظر كذلك :

Gaudeмет, Théorie générale des obligations, éd. 1963, pp. 12-14. —  
Mazeaud, op. cit., t. II, No. 18.

ولكن قارن خاصة :

Demogue, Traité des obligations, en général, t. I, No. 5, pp. 8-10.

فى هذا المعنى :

عبد الحى حجازى ، اسماعيل غانم ، المواضع السابقة .

فهذه الرابطة ، اذ تقتضى وجود طرفين من الأشخاص يملك أحدهما اقتضاء أداء ما لى معين ويلزم الآخر بالخضوع لهذا الاقتضاء ، انما تضع فى يد الأول حقاً وتلقى على عاتق الثانى التزاماً . فالحق الشخصى والالتزام وجهان متقابلان لرابطة قانونية واحدة هى رابطة اقتضاء ، كل ما فى الامر أن الحق الشخصى هو وجهها الايجابى المتمثل فى سلطة الاقتضاء المطاعة للدائن ، والالتزام هو وجهها السلبى المتمثل فى الالتزام المحمل به المدين . ولذلك يمكن أن تسمى هذه الرابطة « رابطة اقتضاء » أو « رابطة التزام » ، ويستوى فى التعبير عنها اطلاق اصطلاح « الحق الشخصى » أو اصطلاح « الالتزام » ، فالاصطلاح الأول انما يعبر عن هذه الرابطة من ناحية الدائن أى من ناحية الطرف المقتضى ، والاصطلاح الثانى انما يعبر عنها من ناحية المدين أى من ناحية الطرف الملتزم .

ومع ذلك ، فقد شاع فى التشريع وفى الفقه النظر الى هذه الرابطة أساساً من ناحية المدين لا من ناحية الدائن . والتعبير عنها بالتالى بالالتزام لا بالحق الشخصى ، ولعل مرجع ذلك الى الرغبة فى تأكيد أهمية الالتزام ، بما يعنيه من إيراد قيد خاص على حرية المدين ، وبما يشتهل من عنصر سلبى فى الذمة المالية للمدين .

وعلى أى حال ، فنظرية الالتزام التى يدرس تحتها الالتزام والحق الشخصى تعتبر قطب الرضى فى الدراسات القانونية جميعاً . ومرجع ذلك أساساً الى أن روابط الاقتضاء أو الالتزام هى أكثر روابط القانون شيوعاً فى الحياة الاجتماعية ، ليس فحسب فى محيط المعاملات المدنية المحض ، وانما كذلك فى مجال باقى المعاملات الأخرى على اختلاف أنواعها .

### المطلب الثالث

#### التفرقة بين الحق العينى وبين الحق الشخصى

#### ٢٤٠ - التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العينى من ناحية وبين الحق الشخصى أو حق الدائنية عن ناحية أخرى تفرقة عريقة فى الفقه . وتقوم هذه التفرقة التقليدية على

أساسي أن الحق العيني يغول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء المادية فلا يوجد فيه إلا عنصران : شخص هو صاحب الحق ، وشئ هو محل الحق . بينما يغول الحق الشخصي أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر في هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف إيجابي هو صاحب الحق أو الدائن ، وطرف سلبي هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين . ومحل هو العمل أو الامتناع المتوهم به الطرف السلبي .

### ٢٤٩ - محاولة تقرب الحق العيني من الحق الشخصي

رغم أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة تقليدية مستقرة في الفقه ، لا أن ذلك لا يمنع جانبا من الفقه الحديث من جردها ومحاولة تقريب الحق العيني عن الحق الشخصي ، على أساس القول بأن الحسق العيني تتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الأشخاص والمسلم وجودها في الحق الشخصي ، وبذلك تجتمع في كل من الحقين نفس العناصر الثلاثة : الطرف الإيجابي والطرف السلبي والمحل .

وتفقتة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير ، بلانيول ، *Planiol* (١) ، أن الروابط القانونية لا يتصور قيامها إلا بين الأشخاص وحدهم . ولما كانت الحقوق في منطلقهم ليست إلا روابط قانونية ، فمن المحتم إذن القول بأن الحق العيني - كالحق الشخصي - سواء بسواء - يشتمل على رابطة قانونية بين الأشخاص خلافا للنظرة التقليدية ، أي يشتمل على طرف إيجابي من ناحية ، وطرف سلبي من ناحية ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة . كل ما في الأمر أن الطرف السلبي في الحق العيني لا يكون معينا نفس التمييز المتوافر في الحق الشخصي ، فهو سائر الأشخاص كافة غير الشخص المكون للطرف الإيجابي ، ومضمون التزامهم يكون سلبيا محضا إذ يتركز في الامتناع عن التعرض للطرف الإيجابي في تمتعه بالحق .

(١) *Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert.*  
No. 2188 et s.

وبذلك ينتهي منطق هذا النظر الى تصور الحق العيني كرابطة تقوم بين شخص معين والكافة ، بمقتضاه يلتزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطة على شيء مادي معين .

وعلى هذا النحو ، لا يبقى من فرق - عند أهل هذا النظر - بين الحق انعيني والحق الشخصي او حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبي في الحق الشخصي شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو في الحق العيني غير معين لانه يشمل الناس كافة دون تحديد . وسوى أن التزام الطرف السلبي في الحق العيني هو مجرد التزام سلبي قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في حقه ، بينما يكون في الحق الشخصي التزاما محددًا ، ايجابيا كان أم سلبيًا ، أي يعمل أو بامتناع . وتلك فروق ليست بذات بال عند أنصار هذا الاتجاه في التقريب بين النوعين من الحقوق ، اذ هي فروق لا تكشف عن اختلاف في الطبيعة بينهما وإنما هي مجرد اختلاف في المدى والنطاق .

#### ٢٤٢ - الإبقاء على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

تلك هي محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي للجمع بينهما على اساس وجود رابطة بين الأشخاص في كليهما . وظاهر أن هذه المحاولة صناعية ابتكرها أهل هذا النظر للتوفيق بين ما هو واقع في العمل من وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق العيني وبين الشيء محل حقه دون حاجة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين القلمة التي يبدؤون منها وينون عليها وهي أن الحق انما تعبر عن روابط قانونية والروابط القانونية لا تتصور إلا بين الأشخاص .

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا ما في إطلاق القول بحصر الروابط القانونية بين الأشخاص وحدهم من تجوز (١) . فليس يصح مثل هذا القول - فيما نرى - إلا في شأن نوع معين من الروابط القانونية هو

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٧٨ .

وانظر في هذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 168. — Boudant et Voiron, t. IV, No. 58.

« روابط الاقتضاء » ، أي الروابط التي تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالموضوع لهذا الاقتضاء ، إذ هذا النوع من الروابط وحده هو الذي يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف آخر يكون له اقتضاء الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به إلا الأشخاص وحدهم . أما النوع الآخر من الروابط القانونية أي « روابط التسلسل » ، فلا يتصور منطقيا قيامه بين شخص وشخص وإنما بين شخص وشيء ، لأن التسلسل لا يتصور واقعا على الأشخاص بل على الأشياء وحدها .

والتشبيث بالنظر إلى الروابط القانونية نظرة واحدة على أساس أنها جميعا روابط أشخاص ، هو الذي أوقع بعض الفقهاء في المرح آزاء الحق العيني الذي لا يظهر فيه إلا صاحب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبي ، فلم يجدوا مخرجا من هذا المرح إلا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبي وهمي في هذا الحق - وهو الناس كافة - يقع عليه التزام سلبي بعدم التعرض لصاحب الحق العيني في تمتعه بحقه .

ووجه التحايل والاصطناع في هذا القول ظاهر واضح . فمثل هذا الالتزام السلبي العام المقول بوجوده في الحق العيني على عاتق الناس كافة بعدم تعرضهم لصاحب الحق في تمتعه بحقه ، ليس مقصورا على الحق العيني وحده بل هو قائم بالنسبة لكافة الحقوق بما فيها الحق الشخصي أو حق الدائنية (١) . فذلك أثر حتمي لوجود الحق ولاستناده إلى القانون ، فهو في الحقيقة مظهر حماية القانون للحق . والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبي العام لا يدخل في عناصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام إذن إنما يفترض أولا نشوء الحق . فكيف يتأتى بعد ذلك النظر إلى هذا الالتزام باعتباره عنصرا من العناصر المكونة للحق

---

(١) فالتاس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصي فيما يكلفه له القانون من قدرة اقتضاء أداء معين من شخص معين . فصاحب المهنع الذي يحرض عاملا يشتغل عند غيره على الإخلال بالتزامه التعاقدى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهاء مدة العقد ليحصل عنده - بفعل بالالتزام السلبي العام المفروض على الكافة باحترام الحقوق أيا كان نوعها - فيلزمه - التعرض عما أسندته فله من ضرر للمقتر .

المعنى ، ومغايرته بالالتزام الخاص الواقع على المدين في الحق الشخصي أو حق الدائنية وهو الذى يعتبر عنصرا جوهريا من عناصر تكوينه بحيث لا يتصور قيام هذا الحق بدونه ؟ (١) .

ولذلك فالالتزام الخاص وحده - دون الالتزام السلبى العام - هو الذى يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفنى الدقيق . فالالتزام الخاص عنصر من عناصر النعمة المالية لأنه عنصر من عناصر حق مالى هو الحق الشخصى . أما الالتزام السلبى العام ، فلا يدخل ضمن عناصر النعمة المالية ، لأنه واجب مجرد من القيمة المالية - والالتزام الخاص - على خلاف الواجب السلبى العام المتوجه الى الكافة - يفترض قيда خاصا يرد على حرية شخص أو اشخاص معينين ولا يرد على حرية الآخرين . وكذلك ففي الالتزام الخاص يكون شخص المدين محمدا معينا وقت نشأة الالتزام ، بينما يكون شخص المدين فى هذا الواجب السلبى العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهلا ومعلقا على رؤوس الكافة (٢) . وكذلك فإن مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له . أما مضمون الواجب السلبى العام ، فلا يحدد مضمونا لى حق ، لأنه طالما لم يحصل اخلال بهذا الواجب فلا يقابله بعد أى حق من الحقوق . فالواجب السلبى العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلا ، لا يحدد بحال من الأحوال مضمون حق الملكية - من استعمال واستغلال وتصرف - الذى يقال انه يقابله ، بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقرض برد مبلغ القرض فى الأجل المضروب مضمون حق المقرض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظوروا اليه من ناحية الدائن .

(١) لم هذا المعنى :

Boudant, Voirin, t. IV, No. 88. — Masséard, op. cit., t. I, No. 108. —  
Notre thèse précitée, p. 105, note 1.

(٢) وإذا تبين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالنقص المبنى اخلالا بالواجب السلبى العام . فإن هذا الاعتداء ينشئ حينئذ حقا جديدا مستقلا عن الحق المبنى المنتهى عليه ، هو حق دائنية لصالح الحق المنتهى عليه قبل المنتهى .

لذلك كله ، يكون من الميث محولة رد الحق العيني الى نوع من الحقوق الشخصية او حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام في كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والمردول في الحالين . فضلا عن أن الواجب السلبي العام الواقع على الكافة اذا كان موجودا في الحق العيني وفي الحق الشخصي على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن الحق الشخصي ينفرد وحده بالإضافة الى ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفني الدقيق أي التزام شخص معين بأداء معين .

ولذلك لم يكتب الرواج في الفقه الحديث لمحاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحقين .

والواقع أن هذه التفرقة التقليدية واجبة محتومة بين النوعين من الحقوق ، إذ هما مختلفان اختلافا ظاهرا في المحل : فمحل الحق العيني شيء من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصي أداء معين أي عمل أو امتناع . وهذا الاختلاف في المحل ، هو الذي يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التي يعبر عنها كلا النوعين من الحقوق . فما دام المحل في الحق العيني شيئا من الأشياء فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن أن تكون الا رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشيء دون حاجة الى وساطة شخص آخر ، بحيث لا يوجد في هذا الحق الا طرف ايجابي ومحل دون وجود لطرف سلبي . وما دام المحل في الحق الشخصي عملا من الأعمال ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن الا أن تكون رابطة اقتضاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الأمر دائما في هذا النوع من الحق الى وساطة هذا الشخص لأداء ذلك العمل ، أي الى وجود طرف سلبي فضلا عن وجود الطرف الإيجابي والمحل .

#### ٢٤٣ - آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي (١)

أما وقد انتبهنا الى ضرورة التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي أو حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعة

(١) راجع في ذلك كتابنا في حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ - ٥٢ .



الرابعة القانونية التي يصبر عنها كل منها ، فلا يبقى الا عرض ما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف .

( ١ ) الحق العيني حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصي أو حق النسبية حق نسبي (droit relatif) : ومضى ذلك أن الحق العيني يحتاج به وينتج أثره في مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصي أثره ولا يحتاج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين . ومرد ذلك الى أن الحق العيني انما يكون رابطة تسلط ، فيخول بذلك لشخص معين سلطة قانونية على شيء من الأشياء أى يجعل له هذه السلطة مباشرة على الشيء دون حاجة الى وساطة أى شخص آخر ، فهي إذن سلطة مطلقة سارية وناقلة في حق الكافة ما دامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة . بينما يكون الحق الشخصي رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر ، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضاء رهنا بتدخل شخص معين - فهو إذن اقتضاء قاصر أو نسبي - مما يسبغ على الحق الشخصي صفة نسبية بحيث لا ينتج أثره أو يحتاج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين (١) .

( ٢ ) يقول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق التبعية (droit de suite) : قلنا ان الحق العيني انما يعطى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائما في أى يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العيني تتبعه أينما كان . فمضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الأشياء ، وتحقيق هذا التسلط زعم بوجود هذا الشيء .

---

(١) انظر في اختلاف هذا الحق للأشياء والنسبية من حيث تحقق طموح الحق وسلطة سلطانه من منى أثر التعلق من حيث مدى احترام الحق تشترك فيه الطوق جميعا : كتابنا محال الذكر في حق الملكية ،قرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ .

دون اعتبار لكان وجوده أو شخص من يهوزه ، إذ هو مستقل في وجوده عن أية رابطة بين الأشخاص ، فلا يتأثر بغيرهم ، فإينما يكون هذا الحق يدركه صاحب الحق العيني بما له من تسلط مباشر عليه (١) .

أما الحق الشخصي أو حق الدنيئة ، فلا يدخل لصاحبه مثل هذا الحق في التمتع لأنه ليس بالحق الوارد على شيء - كالحق العيني - حتى يلزم الشيء ويتبعه في أي يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التمتع في شأن عمل من الأعمال . بل ولا يتصور التمتع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملتمزم به المدين شيئاً من الأشياء ، إذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشيء ، فيكون الشيء بمنأى عن أي سلطان مباشر للدائن . ولذلك ، لا يكون لمشتري عقار لم يسجل عقد البيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قام بإجراءات التسجيل ، إذ ليس له قبل التسجيل إلا مجرد حق شخصي قبل البائع يتلخص في قدرة اقتضائه نقل ملكية العقار المبيع إليه ، دون أن تكون له فضلاً عن ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تقول له حق تتبعه في أي يد وجد .

يخلص من ذلك أن الحق العيني هو الذي ينفرد دون الحق الشخصي بميزة تتبع الشيء في أي يد وجد (٢) . وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهي ميزة تقتضيها طبيعة الحق العيني ذاته ، بحيث تجدها ملازمة للمحقوق العينية جميعاً الأصلية والتبعية منها على السواء (٣) . ولذلك يكون للمالك تتبع الشيء المملوك إذا خرج من تحت يده .

(١) في هذا المعنى :

Boudant et Vœlra, op. cit., t. IV, No. 88.

(٢) انظر نفس ذلك :

Chauveau, article précité, No. 19.

(٣) في هذا المعنى :

Derrupé, thèse précitée, Nos. 181-184. — Boudant et Vœlra, t. IV, Nos. 73, 74. — Flanet, Ripert et Pénard, t. III, No. 46.

إسحاق غانم - ص ٢٦ و ٢٢ - د محمد علي عرفة . شرح القانون المدني الجديد في الحق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤ ، ص ٧ و ٨ .

واسترداده من أى شخص يكون حائزا له - وكذلك يكون للدائن المرتهن رهنا  
وتحتيا تتمتع العقار المرهون اذا خرج من ملك مدينه ومباشرة حقه عليه بين  
بعض المالك الجديد أو الحائز .

(٣) يقول الحق العيني دون الحسنى الشخصى ميزة أو حق الأفضلية  
(droit de préférence) : قلنا ان الحق العيني ينشئ رابطة قانونية  
مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب  
الحق العيني وحده - بمقتضى هذه الرابطة - بسلطاته على الشيء كاملة  
لا يزاحمه فيها أحد - وما يقوله الحق العيني لصاحبه من امتداد كل مزاحم  
له فى ممارسة سلطاته على هذا النوع هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق  
الأفضلية . وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العيني  
ومحله ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاضعا لسلطان صاحب الحق  
وحده دون منازع .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية : فباعتباره لا ينصب على شيء معين  
من اشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل  
ايجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضمونا بالجانب الايجابى  
من ذمة المدين كما سبغ البيان . وذلك قد يضم مخاطر جسيمة يتعرض لها  
الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لا مناص حينئذ - وهم  
مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام - من اقتسام  
أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية  
اذن تعرض اصحابها لحظر التزام فيما بينهم والمخروج بوفاء منقوص .

ولهذا فان الحقوق العينية لا تتزام مع الحقوق الشخصية (١) ، اذ ان

= ولكن المالك يمكن ذلك :  
Bourgeois, op. cit. t. IV, p. 395.

حقيق صفاته - مظاهرات فى النظرية العامة للحق . فقرة ١٥ .

(١) ولا تتزام الحقوق العينية فيما بينها ، لأنها اذا اجتمعت على نفس الشيء وكانت من  
نفس النوع - خرج الوجه للامتناع بينها كالأجنبية فى مرتبة اليد أو التمسك أو الحيازة فى  
الحقول .

حق الأفضلية الذي تتميز به يجنبها مثل هذا التزام : من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق ائرافها بحقوق عينية تبعية تنشئ للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الأشياء ضمانا يستوفون من قيمتها ديونهم بالأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين ، فالدائن الذي يرتهن عقارا لمدينه ضمانا لدينه ، يكون مقدما في اقتضاء هذا الدين من قيمة العقار المرهون على كل دائن عادي غير مزود بحق عيني تبعي .

ولئن كانت ميزة الأفضلية تبدو أوضح ما تكون في صدد المحسوق العينية التبعية ما حدا بنفر من الفقهاء الى قصر هذه الميزة على هذا النوع من الحقوق العينية وحده (١) ، الا أن النظرة الصحيحة الى حقيقة هذه الميزة وارتباطها بطبيعة الحق العيني ذاته تجعلنا نذهب نذهب المنصب الكثير من الفقهاء (٢) في تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والأصلية على السواء .

( ٤ ) قصور الإرادة الأفراد عن ابتناع حقوق عينية غير تلك التي يعينها القانون ، ولادرتها على ذلك في الحقوق الشخصية : هذه النتيجة التي جرى جمهور الفقهاء في القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ، قد ناعضها مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الإرادة يقضى بعدم قصر نطقه على الحقوق الشخصية دون المحسوق العينية ، اذ ما دامت الإرادة ملتزمة بحدود النظام العام والآداب فهي قادرة على ابتناع ما تشاء من حقوق عينية وحقوق شخصية على السواء .

ولكن هذا الرأي (٣) يغفل أن الحقوق العينية ذاتها متمثلة بالنظام العام،

Bonnefons, Ibid. — Planchet, Ripert et Picard, t. III, No. 46. (١)

نظير شحات ، فقرة ١٥ ، ص ٧٨ .

Darré, thèse précitée, Nos. 323-324. — Boudant et Voinin. (٢)  
op. cit., No. 79

استايل غانم . علمي «٢» ص ٢٧ - - محمد علي حرقة . المرجع السابق ج ١ ، فقرة

٤ ، ص ٨ و ٩ .

(٣) أنظر في اختلاف هذا الرأي : كتابنا مسالك الذكر في أحكام حق الملكية ، ج ١ -

ص ٤٨ - ٥٠ .

بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان إرادة الأفراد إزاعها .

نمن ناحية ، تعتبر الملكية - وهي أساس الحقوق العينية الأصلية - من الدعامات الرئيسية التي يقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادي ، فتكون من هذا الوجه متعلقة بالنظام العام . أما بقية الحقوق العينية الأصلية ، فلا تعدو أن تكون قيودا واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعا مما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات واسعة في الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ومن هنا ، يكون الشأن في تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده لمساسها مساسا خطيرا بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان . فلا يكون لإرادة الأفراد سلطان في التخلص من بعض هذه القيود أو إضافة قيود أخرى إليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض الكيان الاقتصادي للمجتمع للانحيار<sup>(١)</sup> .

ومن ناحية أخرى ، فإن الحقوق العينية التنبية - وهي تمثل فكرة الائتمان والضمان في المعاملات - تعتبر في المصميم كذلك من النظام العام لاتصالها الوثيق بنظام المجتمع الاقتصادي . ولذلك يكون من الطبيعي أن ينفرد المشرع دون الأفراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها التنظيم المتفق مع صالح المجتمع الاقتصادي<sup>(٢)</sup> .

( ٥ ) ينبغي أن يكون الشيء في الحق العيني - دون الحق الشخصي - حالا ومعينا بالذات : ما دام الحق العيني يتضمن رابطة بين شخص وشيء تخول للشخص تسلفا قانونيا مباشرا على الشيء ، فلا يتصور إذن وجود الحق العيني إلا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا ، قبلون وجود الشيء وجودا محققا لا يتصور قيام الحق العيني . ولا يكفي لقيام الحق العيني وجود الشيء .

(١) في هذا المعنى :

Boudant et Votria, op. cit., t. IV, No. 70.

اسماعيل غانم ، ص ٢٦ و ٢٧ . - شليق شحات ، فقرة ١٦ .

(٢) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٢٧ .

وجودا محققا ، بل ينبغي فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشيء معينا بالذات .  
اذ لابد أن يتحدد المحل الذي يقع عليه التسلط مباشرة تحديدا يمينه ويعزله  
عن غيره ، وهذا ما يتطلبه القانون المصرى صراحة (١) .

أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الأعمال لا شيئا من الأشياء  
لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فإن من التصور وجود هذا الحق  
حتى ولو كان محله - وهو العمل - متعلقا بشيء من الأشياء المستقبلية أو من  
الأشياء المعينة بالنوع لا بالذات . ولذلك يقضى القانون المصرى بأنه يجوز -  
كقاعدة عامة - أن يكون موضوع المحل شيئا مستقبلا ( م ١/١٣١ مدنى ) .

ولكن تم استثناءات ترد على هذه القاعدة . منها ما هو خاص بالتعامل  
فى التركة المستقبلية أى فى تركة انسان على قيد الحياة من قبيل الوارث  
المستقبل فهو تعامل باطل ولو كان برضاء الشخص المتعامل فى تركته أى  
الموثر المستقبل ( م ٢/١٣١ مدنى ) . ومنها ما هو خاص بحظر هبة الأموال  
المستقبلية ( م ٤٩٢ مدنى ) .

---

(١) اذ ينص على أن « الالتزام ينتقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينتقل من تلقاء نفسه  
هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد  
المتعلقة بالتسجيل » ( م ٢٠٤ مدنى ) . وعلى أنه « اذا ورد الالتزام ينتقل حق عينى على شيء ثم  
يمتنع الا يتوجه فلا ينتقل الحق الا باقرار هذا الشيء » ( م ١/٢٠٥ مدنى ) .

### البعث الثالث

#### الحقوق الذهنية<sup>(١)</sup>

##### Les droits intellectuels

٢٤٤ - ظهور لمفائة الحقوق الذهنية ، وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم احكامها

كان الفقه التقليدى جاريا على حصر الحقوق فى الأنواع المتقدمة . غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقا ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاحترار الفقه فى تكييفها وفى موضعها بين الحقوق وفقا لمقاييسه التقليدية حيرة بانت فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكة الأدبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حيناً باسم « الحقوق المعنوية أو الأدبية » ، وعرفت أخيراً باسم « الحقوق الذهنية » .

ويبدو أن التسمية الأخيرة هي التى كتب لها الشبوع والرواج فى الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه الحقوق التى ترد على خلق ذهنى . فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك النوع من الحقوق الذى يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الفهن ونتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق الذهنى أو الفكرى أبوة هذا الملق ونسبته اليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالاً مالياً يكفصل له الحصول على ثمراته . ومن أظهر أمثلة الحقوق الذهنية حق المؤلف بالمعنى الواسع ، أى حق الكاتب وحقوق المخترع

---

(١) راجع فى ذلك صفة خاصة :

Ollivier, Le droit d'auteur, 2 vol, 1904. — Desbois, Le droit d'auteur, 1909. — Rouhier, Le droit de la propriété industrielle, t. I, 1902.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٢٧١ - ٢٧٧ - كتابنا أصول القانون .  
فقرات ٢٥٢ - ٢٥٩ ، ص ٦٦١ - ٦٦٤ - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ،  
١٩٦٨ ، فقرات ١٦٤ - ٢٦٠ ، ص ٢٧٤ - ٢٧٦ .

( م ٣١ - أدخل الى القانون ٢ )

وحق الملحن وحق الفنان - رساما كان أو مصورا أو مثالا - في أبوة واستغلال ما ابتكروه من أفكار أو اكتشافات أو ألحان أو لوحات أو صور أو تماثيل . ولكن يعتبر كذلك من الحقوق الفنية في حقها الواسع ، المحقوق الواردة على مقومات « المحلل التجارى » المصنوية من اسم تجارى وعلامة تجارية وسمة وثقة عملاء والتي أصبح الاصطلاح جاريا على تسميتها باسم « الحقوق المتعلقة بالعملاء » *droits de clientèle* .

وقد غنيت القوانين الداخلية لأغلب الدول الحديثة بتنظيم هذه الحقوق بمعناها الواسع . بل أن الضرورة لم تلبث أن دعت إلى عقد اتفاقات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقات . فأبرمت في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين . وقد تناولها التعديل عدة مرات في مؤتمرات عقدت خصيصا لذلك ، كان آخرها مؤتمر بروكسل المنعقد سنة ١٩٤٨ . وكذلك أبرمت في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونساذج صناعية ، وتناولها التعديل كذلك أكثر من مرة .

أما في القانون المصري ، فقد تأخر التدخل التشريعي (١) لتنظيم مختلف هذه الحقوق وكفالة حماية فعالة لها . إذ كانت بداية هذا التدخل مسطور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ لحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية . ثم تلاه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها الذى يتضمن نصوصا خاصة بمقومات المحل التجارى المصنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بانضمام مصر إلى اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية . ثم أصدر للشرع القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف ، وقد تم أنشأ لتعديل بعض أحكام هذا القانون بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ .

---

(١) ولكن القضاء المصرى لم ينكر حينئذ عن اصطلاح الحماية القانونية الواجبة في هذا الشأن . مستهديا في ذلك بسماء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ( انظر كتابنا سابق الذكر . متن وحاشى ٥٥ ص ٥٣٠ ) . ولكنها كانت حماية قاصرة محدودة أمام اقدام الناص .



- وبغضينا في شأن تبين معيار وطبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير مادية ومكانها بين الحقوق ، أن تقتصر منها على الحقوق الذهنية بالمعنى الدقيق وهي حقوق المؤلف - ذلك أن غيرها من الحقوق المتعلقة بالمصلاء والخاصة بمرادلات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية ومقومات المحل التجاري المعنوية ، لها ما يميزها من صفاتها التجارية والاقتصادية من ناحية ، وأن حقوق المؤلف ، من ناحية ثانية ، هي التي تتبدى فيها بجلاء الطبيعة الخاصة بالحقوق الذهنية الواردة على خلق فكري معين فيما يتصلق أساسا بالناحية المعنوية (١) والتي تختلف اختلافا بينا - كما سنرى - عن طبيعة الحقوق المادية .

#### ٢٤٥ - معيار الحقوق الذهنية

إذا كان القانون يشمل الحقوق الذهنية بحايته ، فيجب الوقوف على معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابها المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر فيهم وصف « المؤلف » . والواقع أن المقصود بالمؤلف معنى أوسع بكثير من مجرد المعنى الضيق له المنحصر في كل شخص يعبر عن آرائه ويبسطها في كتاب ، فهو يعنى كل شخص ينتج إنتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الإنتاج أو الخلق ينطوي على قدر معين من الابتكار . ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأساسي للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف . وهذا ما عناه المشرع المصري في قانون « حماية حق المؤلف » بنصه على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة » ( م ١ / ١ ) .

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة من قبل - فالأفكار والآراء كثيرا ما تكون مطروقة معروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف الزمان والمكان - وإنما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتساج الفكري أو الخلق الذهني بطابع معين يبرز شخصية معينة لأصاحبه (٢) ، سواء في جوهر

(١) انظر بغضه ، لما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقة بالمصلاء من خصائص ذاتية:

Duchols, op. cit., No. 262.

(٢) راجع في ذلك بغضه :

Duchols, op. cit., Nos. 5 et 6.

الفكرة المعروضة ، أو في مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب أو  
التبويب أو الأسلوب .

وعلى ذلك ينبغي اعتبار المترجم الذي يقوم بترجمة مصنف من المصنفات  
من لفته الأصلية الى لغة أخرى مؤلفا بالمعنى المقصود بالحماية القانونية (١) ،  
ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصة في تغير اللفظ وتباسك  
الأسلوب والتصرف في التعبير بما يوافق المعنى الأصلي اذا كان من شأن  
الترجمة الحرفية للألفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه . ومن باب أولى ينبغي  
أن تشمل الحماية من يبدل - في سبيل نقل مصنف الى لغة أخرى - جهدا  
أكبر من مجرد الترجمة سواء كان ذلك بتلخيصه أو التصرف في عرضه  
أو التعليق على مضمونه ، إذ في ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القانون .  
وقد أحسن المشرع المصري برفع كل شك قد يتور في شأن المصنفات المترجمة  
وما يشابهها ، فنص على شمولها بالحماية الواجبة ( م ١/٣ من قانون حماية  
حق المؤلف ) .

وينبغي كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الأفراد من  
تجميع معين لمختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للأحكام  
القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر  
جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادي آلى بل يتميز بما يكشف عن ابتكاره  
أو جهد الشخص ، فيتميز بنوع معين في اختيار مجموعات الآداب أو الفنون  
أو بترتيب معين لعرض الأحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها أو تعليق  
أو تعقيب عليها ( م ٤/٤ فقرة أخيرة ) (٢) .

ومتى توافر عنصر الابتكار في الانتاج أو الخلق الذهني على هذا النحو ،  
اعتبر صاحبه مؤلفا يتمتع بحماية القانون ، عن طريق الاعتراف له - على

(١) انظر في ذلك :

Desbats, op. cit., No. 33-34.

(٢) انظر كذلك في نفس المعنى

Desbats, op. cit., No. 35.

انتاجه أو خلقه - يحق معنوى وحق مالى على السواء (١) ، وذلك إما كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهني ، وإيا كانت قيمته من الناحية الأدبية أو العلمية أو الفنية (٢) ، وإيا كانت طريقة التمييز عنه بالكتابة أو الالقاء أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة (م ١/٢ و ٢) .

## ٢٤٦ - أصحاب الحقوق الذهنية

إذا كان معيار الحق الذهني هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالى هو المبتكر ، فواضح أن تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيرا إذا كان فردا واحدا - ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوباً إلى شخص معين - سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى - قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهني عليه ، وإن كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز إقامة الدليل على عكسها (م ٢/١) . فإذا أقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقي المستتر ، ثبت له وحده دون المؤلف الظاهر المسمى صفة المؤلف وسلطات الحق الذهني .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهني ، يحتاج إلى بعض الدقة في صورتى المصنف المشترك والمصنف الجماعى .

(١) **المصنف المشترك** (٣) : هو الذى يتعاون على إخراجه ويشارك فى ابتكاره أكثر من شخص واحد . وهنا يكون من الطبيعي استناد الحق الذهني إلى كل المشتركين . ولكن من الواضح أن اشتراكهم فى ابتكار معين لا بد أنه يلقى على عاتقهم التزامات متبادلة تقيد عن قدرة مباشرة كل منهم على حدة .

(١) يميز المشرع هذه الحماية المدنية بفرض جزاءات على الاستعداد على حقوق المؤلف . (م ٤٧ من القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤) .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :  
Desbats, op. cit., Nos. 80, 82, 83.

(٣) راجع فى ذلك بتفصيلة :  
Desbats, op. cit., Nos. 170 et s.

مصدر على معرفة : المرجع السابق . ج ١ ، فقرة ٣٩١ - عبد الرزاق السنهوري ، ج ٨ ، فترات ١٩٥ - ٢٠٢ من ٢٢٤ - ٢٥٦ .

سلطات هذا الحق .

١ - فإذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطاً لا يتميز فيه نصيب كل منهم في العمل المشترك ولا يمكن فصله عن نصيب الآخرين ، اعتبروا جميعاً أصحاب الحق الذهني على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه في الأصل بالتساوي ، بحيث يجب توافر أجمعهم لمباشرة سلطات الحق الذهني والا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف ( م ٢٥ ) . وواضح أن اعتبار المشتركين جميعاً أصحاب الحق الذهني بالتساوي ، مرجعه تقدير تحديد نصيب كل منهم - عند عدم الاتفاق - لاستحالة فصله وتمييزه ، وهو ما يوجب كذلك عدم تقليب بعضهم على البعض الآخر في مباشرة سلطات هذا الحق ورهن هذه المباشرة باتفاقهم الإجماعي .

٢ - أما إذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين ، فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهني على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له في الأصل - إلا إذا وجد اتفاق مخالف - الحق في الانفراد باستغلال الجزء الذي ساهم به على حدة . ولكن مباشرة حقه على هذا الجزء باستغلاله خاصة ، لا بد وأن تقتيد باحترام المصنف المشترك والغاية المشتركة من ابتكاره ، وإخراجه على هذا النحو الذي تتأزر فيه جهود المؤلفين المشتركين ، ولذلك يجب أن لا يكون من شأن استغلال هذا الجزء منفصلاً الاضرار باستغلال المصنف المشترك ( م ٢٦ ) .

والأصل أن ثبوت الحق الذهني لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذي ساهم به في المصنف لا يعطيه حقاً استثنائياً على المصنف المشترك حتى مجموعه ، بل يثبت الحق الذهني على مجموع هذا المصنف لجميع الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الإجماعي في شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع . ومع ذلك ، فلا يلتزم المشرع دائماً هذا الأصل ، بل يخرج عليه في بعض الحالات ، فيمكن مؤلف القطر الأساسي فيها من الانفراد بمباشرة الحق الذهني على مجموع المصنف المشترك دون حاجة إلى

موافقة مؤلف الشطر الثاني ( م ٢٩ و ٣٠ و ٣٢ ) ( ١ ) .

( ٢ ) المصنف الجماعي ( ٢ ) : هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة

بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ( م ١ / ٢٧ ) . فلا يكفي ، لاعتبار المصنف جماعيا ، تضافر جهود جماعة من الأفراد على وضع مصنف ما ، والا يجب اعتباره مصنفًا مشتركًا . بل ينبغي - فضلا عن ذلك - أن يكون وضمهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعي أو معنوي بحيث يتم وضعه في الأصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين في وضعه فيما يقصد إليه هذا الشخص بذلك من هدف ، وأن لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر إسهامه في هذا المصنف عن نصيب الباقيين . ومن أمثلة المصنفات الجماعية المصنفات التي توجه الدولة إلى وضعها تحقيقا لغرض معين نفرا من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين في علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم على حدة .

والأصل أنه ينبغي الاعتراف بوصف المؤلف صاحب الحق الذهني للأفراد الذين تآزرروا على وضع المصنف وحدهم لأنه من خلقهم وابتكارهم ، لا للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجههم إلى وضعه دون أن يقدم في ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية . بل انهم لا يملكون النزول له عن حقوقهم المعنوية في الابتكار ( ٣ ) وفي أبوة المصنف نظرا لاتصالها الوثيق بشخصيتهم وخروجها بالتالي عن دائرة التصاقل . ورغم ذلك فقد خرج المشرع المصري على هذا الأصل واعترف بوصف المؤلف لمن وجه إلى وضع المصنف الجماعي لا لمن قاموا فعلا بوضعه وابتكاره ( م ٢ / ٢٧ ) . ويجب أن يؤخذ هذا الحكم على

( ١ ) انظر كتابنا سابق الذكر ، ص ٦٤١ و ٦٤٢ .

( ٢ ) راجع في ذلك خلاصة :

Desbats, op. cit., Nos. 188-189.

مصدر على عمدة ، المرجع السابق ، ج ١ ،قرة ٣٦٢ .

( ٣ ) ولكنهم يملكون على العكس النزول له عن حقوقهم المالية في ابتكار استغلال المصنف -

أنه استثناء محض مقام على أساس الافتراض ، بقصد تصادي ما ينشأ من سمويات عن تحمل المؤلفين الحقيقيين الأصليين ما قد يتهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجامعي (١) . ولكن يظل الشك محيطا بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهدف (٢) .

#### ٢٤٧ - طبيعة الحقوق الذهنية

ذهب الفقه والقضاء أول الأمر الى تكييف الحقوق الذهنية باعتبارها حقوقا عينية ولا وصفها بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية على نسق ملكية الأشياء المادية . ولكن مثل هذا التكييف ما لبث أن انتقد انتقادا شديدا في الفقه : فهو من ناحية : يخرج اصطلاح « الملكية » عن مدلوله الفني التقليدي كحق يرد على الأشياء المادية وحدها . وهو ، من ناحية ثانية ، يتعارض مع خصيصة التأييد والعلوم اللازمة لحق الملكية ، ذلك أن احتكار الاستغلال الذي تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهني أو فكري إنما هو احتكار مؤقت بسبب معلومة يحددها القانون . وهو أخيرا لا يتفق مع الطبيعة المالية الخالصة الناتجة لحق ملكية الأشياء المادية ، ففي الحقوق الذهنية جانب معنوي غير مالي يتصل أوتق الاتصال بشخصية صاحب الحق أو التناج الفكري مما ينمكس اثره انعكاسا ظاهرا على استغلال هذا الحق أو النتائج استغلالا ماليا (٣) .

من أجل ذلك ، انصرف الفقه المعاصر في مجدوعه عن تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية (٤) ، واتجه الى تكييفها بأنها حقوق من نوع خاص

(١) في هذا المعنى : Desbats, op. cit., No. 388.

(٢) كتابنا سبق الذكر من ٦٤٤ ، وانظر كذلك في انتقاد هذا النص :

محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٦٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

(٣) انظر ، بقصة خاصة ، في بسط الانتقادات التي ترد على تكييف الحقوق الذهنية بأنها

حقوق ملكية :

Desbats, op. cit., Nos. 382, 388. — Rouhier, op. cit., t. I, No. 21.

(٤) راجع في ذلك بصفة :

Desbats; Rouhier; Ibid. — Fianiel, Ripert et Fland, op. cit., t. III, No. 574. — Boudant et Vainin, op. cit., t. IV, No. 382.

محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٧٦ . — عبد الحميد البدراني ، فقرة ٥٠٠ .

ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين : حق مقتنوق يعبر عن أبوة صاحبه لخلق وتناجه الفكرى ، وحق مالى يعبر عن احتكاره استغلال هذا الخلق والنتاج استغلالا ماليا .

ونجد صدى هذا التطور الفقهى فى تكييف الحقوق الذهنية واضحا فى القانون المصرى ، فبعد أن كان التقنين المدنى القديم يحتسبها من حقوق الملكية بنص صراحة على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته حسب القانون الخاص بذلك » ، اكتفى التقنين المدنى الحالى بالنص على أن « الحقوق التى ترد على شيء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وبذلك أظهر المشرع المصرى بجلاء اعراضه عن التكييف القديم للحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية أشباه منوية . لم جاء القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف . فأصبح بجلاء عن طبيعته المزدوجة وما تعطيه للمؤلف من حق معنوي وحق مالى على السواء . وقد عللت بعض أحكام هذا القانون أخيرا بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

من أجل ذلك ينبغي أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط القائم بينهما حتى يتأكد بذلك ما سبق أن ذكرناه من اختلاف طبيعة الحقوق الذهنية عن طبيعة الحقوق المينية عموما وحق الملكية خصوصا اختلافا كبيرا لا يدع مجالا للخلط بينهما .

#### ٢٤٨ - الحق المعنوي

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكرى أو الخلق الذهني وبين شخص خالقه ومبتكره أو بين المصنف وبين مؤلفه . ولذلك يغول هذا الحق للمؤلف سلطات متعددة تؤكد أبوة كل مصنف وتكفل احترام هذا المصنف بوصفه امتدادا لشخصيته . وهذه السلطات هى الآتية :

---

٢٢٧ - ع.هـ الرزاق السنهوري . الوسيط . ج ٨ . ص ٢٧٨ - ٢٨١ .  
ولكن انظر عكس ذلك .

Bonnacase, op. cit., t. V, No. 385 — Chauveau, article précité, pp. 111, 112.

اسماعيل غانم ، ص ٧٠ و ٧١ .

(١) سلطة النشر<sup>(١)</sup> : يعطى الحق المعنوي للمؤلف سلطة تقديرية

بشأن نشر مصنفه (م ١/٥) ، ذلك أن هذا المصنف ليس الا جانباً من جوانب شخصيته هو الجانب الفنى أو الفكرى ، فيكون هو صاحب السلطة فى تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر . ويمتنع هذه السلطة التقديرية يكون للمؤلف الحق فى الامتناع عن اخراج مصنفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بأن قدر ضرورة هذا الامتناع للمحافظة على سمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية اذا لم يكن راضياً عن انتاجه الفكرى .

وإذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنفه أو تقديمه الى الجمهور ، فالأصل انه لا يجوز للغير - دون إذن من المؤلف ودون تعويضه - أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى . ورغم ذلك ، يخرج المشرع على هذا الأصل فى بعض الحالات ، فيجيز فيها تكرار النشر أو تقديمه بطريقة أخرى دون إذن من المؤلف<sup>(٢)</sup> مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من د تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى<sup>(٣)</sup> .

(٢) سلطة تعيين نسب المصنف<sup>(٤)</sup> : يعطى الحق المعنوي للمؤلف

(١) انظر فى ذلك بخاصة : Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.

(٢) ومن قبيل ذلك الآثار التى تلقى فى اجتماعات أو جلسات علنية عامة كالخطب فى المجالس النيابية أو المرافعات فى المحاكم (م ١٥) . وكذلك لا يحتاج الى إذن من المؤلف : التحليلات والانتقادات المأثورة من المصنف بقصد النقد أو المناقشة أو الإخبار ، ما دامت تشير الى المصنف والى اسم المؤلف اذا كان صريحاً (م ١٢) ، وإيقاع المصنف أو تمثيله أو نقله فى اجتماع عاقل أو جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى (م ١/١١) . وكذلك أجاز المشرع المصرى للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق فى إذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر دون إذن مؤلفيها أو موافقة أصحاب هذه الأماكن . ولكن بشرط إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه أو لمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف (م ٢/٢٥) .

(٣) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية - بونية ١٩٥٤ ، ص ١٢٢٤ .

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 531-538.



السلطة في أن ينسب مصنفه اليه وحده بأن يقوم بنشره أو عرضه أو تقديمه للجمهور حاملاً اسمه ، والسلطة في دفع أى اعتداء على حقه في ذلك ( م ١/١٩ ) . وله كذلك أن ينتهر باسم مستعار يختاره لنفسه إن أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته الحقيقية ، بل ويكون له الحق - إذا أراد - في نشره غير حامل لى اسم . وزعم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون اسم ، يظل المؤلف محتفظاً دائماً بحقه في الكشف عن أبوته الفكرية وانتساب مصنفه اليه في أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالتزول عنه أو عدم استعماله مهما طاللت المدة على ذلك .

### ( ٣ ) سلطة التعديل : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال أية

تعديلات أو تغييرات في مصنفه ( م ١/٧ ) ، براها ضرورية لتحسينه والكمال به أو جعله موافقاً لتغير الزمن وتطور الفكر وتقديم العلم ، ويعطيه كذلك سلطة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه - دون إذن منه - عند نشره أو عرضه ( م ١/٩ ) (١) ، بما له من حق الأبوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية .

### ( ٤ ) سلطة السحب : يعطى الحق المعنوى للمؤلف أخيراً السلطة فور

سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته (droit de repentir) (٢) ، فهو خالقه ومبتكره ، فتكون له سلطة اعدامه والرجوع فيما تم من تقديمه الى الجمهور . والواقع أن الاعتبارات التى قد تدعو المؤلف الى اصدار ما يشبه الحكم بالاعدام على مصنفه كثيرة متعددة . فقد يبدو المصنف أمام تقدم الفكر والمدنية تافهاً لا قيمة له مما تتأثر معه سمعة المؤلف الأدبية أو الفنية إذا استمر تداوله بين الجمهور . وقد

---

(١) راجع في تفصيل ذلك :

Deshob, op. cit., Nos. 561, 565-580.

ولكن مراعاة ما قد تلغى الترجمة من بعض الخلف والتشويخ ، جعلت المشرع المصرى يرضخ في اجرائه بشرط الإشارة اليه وعدم الإضرار بسمعة المؤلف أو قدره الفكرى ( م ٢/٩ ) -

(٢) راجع في تفصيل ذلك :

Deshob, op. cit., Nos. 580-584.

يكون المصنف معبرا عن مرحلة من المراحل الأولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع أو تهور وتهجم على بعض القيم المسلمة في المجتمع ، فيرى المؤلف - صيانة لسمعته الأدبية أو الفنية أو استجابة لما يفرضه عليه تقدم العمر من رزانة وحكمة - أن يسحب من التداول ما قد يكون باقيا من نماذج المصنف .

#### ٢٤٩ - الحق المالي<sup>(١)</sup>

يعبر هذا الحق عن الصلة المالية القائمة بين المؤلف صاحب الحق الذهني وبين مصنفه أو اثره الأدبي أو العلمي أو الفني . فمن العدل إعطاء كل صاحب خلق ذهني أو إنتاج فكري فرصة الاستفادة ماليا من هذا الخلق أو ذلك الإنتاج . عن طريق تمكينه من الاستئثار بثمرات عرضه وتقديمه الى الجمهور . فهذا الحق إذن إنما يعطى للمؤلف على مصنفه احتكار استقلاله *monopole d'exploitation* بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالى .

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسه . وقد يقوم به الغير الذى ينزل له المؤلف عن حقه فى الاستغلال لقاء مبلغ من المال يقدر عادة بنسبة مئوية من أرباح الاستغلال أو قيمة المبيعات ، ويدفع اما جملة واحدة واما على أقساط طوال مدة معلومة أو يقدر بطريقة جزائية .

ويستوى فى استغلال المصنف استغلالا ماليا أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة<sup>(٢)</sup> أو غير مباشرة<sup>(٣)</sup> .

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.

(٢) يكون النقل المباشر بالثلاوة العلنية أو التوزيع الموسيقى أو التمثيل المسرحي أو العرض العلني أو الإذاعة اللاسلكية أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ( م ٦/أولا ) .

(٣) يكون النقل غير المباشر بنسخ صود أو عمل نماذج متماثلة من المصنف توضع فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو سحب في قالب أو تسجيل أو نسخ على أسطوانات أو كروت مسجلة أو أية طريقة أخرى ( م ٦/أوليا ) مجلة القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ .

وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى (١) . ويكون للمؤلف وحده الحق في ذلك ، ولا يجوز لغيره في الأصل أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه .

#### ٢٥٠ - آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المالى

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهني يوجه عام يتكشف عن حقيقتين متميزتين: حق معنوي من ناحية ، وحق مالى من ناحية أخرى . وهذان الحقان المتقابلان متصلان مرتبطان ، وإن كانا مختلفين اختلافاً جوهرياً في طبيعتهما ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطات ومكنات . وتاصيل التفرقة بينهما مرده الى أن الحق المعنوي إنما يعبر عن الجانب الفكري لشخصية صاحب الحق الذهني أو المؤلف ، بينما يعبر الحق المالى عن الجانب المادى لاستغلال المصنف أو الأثر الذهني بما يعود على صاحبه من منفعة أو ثمرة مالية . ومن هنا ، كان الحق المعنوي - باعتباره حق أبوة على نتاج فكري معين - حقاً من حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (٢) ، وهو على هذا النحو لا يتقوم بمال ، فيندرج في سلك الحقوق غير المالية . بينما كان الحق المالى - باعتباره حق احتكار استقلال لأثر ذهني معين - حقاً من الحقوق المالية يندرج في سلكها الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية . والبصر بهذا الاختلاف الجوهري بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة عن الآخر نعرضها فيما يلي :

١ - الحق المعنوي - باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية - يتمتع

---

(١) ولكن مباشرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها - فيما يتعلق بترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية - قيد خطير في القانون المصري ، إذ يولج التشريع عنها الحماية إذا لم يتم بها المؤلف أو يأذن بها في بعض خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصل أو المترجم ( م ٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ) . وذلك رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار الفكر الإنساني في الأمم الأخرى لمدة طويلة . ولكن تقصير المدة الى هذا الحد محل لانتقاد ( انظر كتابنا أصول القانون ، هامش ٤٦ ص ٦٥٤ ) .

(٢) انظر سابقاً ، ص ٤٥٤ .

التعامل فيه بنقله أو النزول عنه (م ٣٨) أو الحجز عليه (م ١٠) (١) . فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف وبذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل في عناصر القعة المالية .

٢ - يترتب على قابلية الحق المالى - دون الحق المعنوى - لتتصل بالمتصرف فيه ، أن الحق الذهني أو حق المؤلف لا يكون لوجهه دائما نفس صاحب . فإذا نزل المؤلف عن حقه المالى فى احتكار استقلال مصنفه ، فيبقى له دائما على هذا المصنف حقه المعنوى الذى لا يملك النزول عنه . وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين : صاحب للحق المالى هو المُنْتَازِل له عن احتكار استقلال المصنف ، وصاحب للحق المعنوى هو دائما المؤلف مبتكر هذا المصنف .

والتصرف فى الحق المالى قد يكون على سبيل العوض أو التبرع ، وقد يكون نهائيا أو مؤقتا يعود من بعد الى المؤلف . وقد يكون منجزا حال حياة المؤلف أو مضافا الى ما بعد الموت بالوصية (٢) ، وقد يكون شاملا أو قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو على قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك . ولذلك يشترط المشرع لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وهذا شرط انقضاء لا شرط اثبات ، وإن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلا للتصرف مع بيان مدهاء والفرص منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ٢/٣٧) . ولكن يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبل (م ٤٠) ، وذلك حماية للجانب الفكرى لشخصيته ومنعاً من تقييده مقدما تقييدا ابدىا .

ولا يمتنى التصرف فى نسخة من المصنف التصرف فى الاستغلال المالى

---

(١) انظر سابقاً ، ص ٤٥٦ .

ولكن اذا كان لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، فيجوز الحجز على نسخ المصنف التى تم نشره (م ١٠) .

(٢) وقد أعطى المشرع المصرى المؤلف من التقييد بأحكام الوصية فى شأن القدر الجائز الايصاء به ، فيجوز له الايصاء بحق الاستغلال المالى دون تقييد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته (م ٢/٢٨) . انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٦ .

عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ،قرة ٢٢٨ .

لذات المصنف ، وإنما يقتصر حق المتصرف اليه على النسخة المادية أو النموذج المادي محل التصرف لا على ما يتضمنه هذا الجسم المادي من خلق فكري أو ذهني، ولذلك يستنتج على المتصرف إليه مباشرة حق الاستغلال المالي بأية صورة من الصور كاستخراج نسخ أو نماذج ينشرها أو يبيعها للجمهور ، لأن هذا الحق لا يزال ثابتا للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه (١) .

٣ - ما دام الحق المعنوي يعتبر انعكاسا لشخصية المؤلف ، فيبقى دائما للمؤلف ، بما له من أبوة فكرية على مصنفه ورغم نزوله عن حقه المالي في استغلاله ، سلطة كبيرة مهيمنة على سلطة الاستغلال المالي . فله الاعتراض والمطالبة بمنع المستغل من أى تعديل أو تبديل في المصنف يضر بسمعته الفكرية . وأنه كذلك إذا شاء الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالي . بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالي بعد بدئه باقتضاء سحب المصنف من التداول وسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه .

ومثل هذه السلطات التي يعطيها الحق المعنوي للمؤلف تكون ذات نتائج خطيرة على الحق المالي الذي انتقل الى المتنازل له عن الاستغلال . ولذلك فإن تخويل هذه السلطات للمؤلف ، يجب أن لا يفييه من المسؤولية عن الأضرار التي قد يسببها لمتنازل له عن الاستغلال نتيجة استعماله لها . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمال دون مبرر قوي يستند الى اعتبارات خاصة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصية المؤلف وسمعته الأدبية أو الفنية ، يعتبر استعمالا تصفيا غير مشروع من جانب المؤلف صاحب الحق المعنوي ، يجب على القضاء حماية المستغل منه (٢) .

---

(١) وقد طلق المشرع المصري هذا الحكم ، حتى ولو كانت النسخة محل التصرف هي النسخة الأصلية الوحيدة ، إذ نص على أنه « لا يترتب على التصرف في النسخة الأصلية من المصنف أيّا كان نوعه نقل حق المؤلف » . ولكنه نص كذلك على أنه « لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » ( م ٤١ ) - لذلك يحسن بالمؤلف عند التصرف في النسخة الأصلية أن يحتفظ لنفسه بحق الاستغلال المالي .

(٢) انظر في هذا المعنى :

Bondant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164. — Notre thèse précitée.  
pp. 186-188.

غير أنه فيما يتعلق بسلطة سحب المصنف من التداول وكذلك بسلطة إدخال تعديلات جوهرية عليه ، جعل المشرع المصري هذا السحب أو التعديل متوطاً بموافقة القاضى اذا تحقق من طرؤه أسباب خطيرة تبرر ذلك ، وعلى أن يلزم المؤلف بدفع تعويض عادل لمجمل (١) الى المستقل (م ٤٢) .

٤ - يعتبر الحق المالى - باعتباره ذا صفة مالية محضة - عنصراً من عناصر النعمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة . غير أن مثل هذا الحق ليس بالحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينقضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ، بحيث لا يصبح استقلال المصنف مالياً بعد فواتها احتكازاً لأحد ، إذ يعتبر حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع . ولهذا نص المشرع المصرى على انقضاء حقوق الاستقلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ١/٢٠) (٢) ، أو على وفاة آخر من بقى حياً من المشتركين فى تأليف نفس المصنف (م ٢/٢٠) . أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصاً متوفياً (م ٣/٢٠) أو اذا كان المصنف منشوراً غسلاً من اسم المؤلف أو باسم مستعار . ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن شخصيته (م ٢١) .

والواقع أن طبيعة الحق المالى فى استقلال المصنف تقضى بجمعه موقوفاتاً . ذلك أن الأصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه . بحيث يكون مصيره فى نهاية الأمر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى المتجمع على مر الأجيال . فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استقلاله اذن الا من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافئ جهده الذهنى ، وهو ما يتحقق عادة فى طرف مدة معينة .

أما الحق المعنوى ، فهو حق مؤبد لا ينتفى بمضى مدة معينة ، بل يظل

(١) انظر فى انتقاد اشتراط دفع التعويض مقدماً :

محمد على عرفة ، ج ١ ، فقرة ٢٨٨ ، ص ٥٢١ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٩ .

(٢) ولكن تنص المادة على خمس عشرة سنة من تاريخ اول نشر للمصنف فى حالة المصنفات المصورة الفوتوغرافية والمصطلحات السببية المبرمة التي ليس لها طابع ادبى وتخصصى فيها على مجرد نقل المظهر ظاهراً . وتنص المادة فى عشرين سنة من تاريخ ابداع المصنف فى حالة مصطلحات الحساب الاكى (م ١/٢٠) مدله بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ .

ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بوفاته • غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملا كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه في الأصل في جوانبه السلبية دون جوانبه الايجابية • فيتلقونه ناقصا قاصرا على مجرد المحافظة على سمعة المورث الفكرية ، بالدفاع عن احترام نسبة المصنف الى المؤلف واحترام مضمون المصنف ، وذلك برقابة استثمار نشر المصنف أو عرضه كما تركه المؤلف عند وفاته حاملا اسمه أو الاسم المستعار الذي اختاره ودون تحريف أو تشويه (١) • فيقتصر مركز الورثة إذن على مركز الحارس لثراث مورثهم الفكري (٢) ، ويبقى لهم هذا المركز على الدوام رغم انقضاء الحق المالي ببعض المدة القانونية المقررة له •

أما الجوانب الايجابية للحق المعنوي ، وهي تقرير نشر المصنف ابتداء وتناوله بالتغيير والتعديل وسحبه من التداول ، فلا تنتقل في الأصل الى الورثة ، اذ هي لصيقة بشخصية المؤلف وحده باعتباره خالق المصنف ومبتكره وصاحب الابوة الفكرية عليه • ولكن هذا الأصل ليس مطلقا في القانون المصري • اذ ثبتت للورثة سلطة تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير ( م ١/١٩ ) وهو ما يفترض عدم ايصائه بمنع النشر (٣) ، ويمكن تبرير ذلك على أساس استخلاص اتجاه ارادة المؤلف الضمنية الى النشر من سكوته عن ايصاء بمنعه وقيام الورثة حينئذ بتنفيذ هذه الارادة (٤) • وتثبت للورثة كذلك سلطة التعديل أو التغيير في المصنف ( م ٢/١٩ ) (٥) ، ولكن

(١) راجع في ذلك صفة خاصة .

Desbois, op. cit., Nos. 623-626.

(٢) Desbois, op. cit., No. 625.

(٣) من الواضح أن المؤلف اذا كان قد أوصى بتأجيل النشر وحدد له موعدا معيناً ، فيجب على الورثة تنفيذ ما أوصى به ( م ٢/١٩ ) •

(٤) احتياطا لا قد يحدث من احياء ورثة المؤلف عن النشر في هذه الحالة ، وتطبيقا للصالح العام بعدم قبر المصنفات القيمة وحجبها عن الجمهور ، يرخس المشرع المصري لوزير الثقافة في الحيلولة على الورثة في النشر بعد اقرارهم بضعفهم لحرر من الحكمة بذلك ، ولكن مع توجيههم فيها حذرا ( م ٢٢ ) .

(٥) قلون مع ذلك :

فيد الرزاق السنهوري ، ج ٨ ، فقرة ٢٤١ •

( م ٢٢ - المخل الى القانون )

هذا الحكم محل للنظر (١) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف  
باعتباره الأب الفكري للمصنف والقادر وحده على التصرف في مضمونه (٢) .

---

(١) أنظر كتابنا - حالف الذكر - متن ص ٦٦٢ ، وهاينس ص ٦٦٢ و ٦٦٤ .  
(٢) ولكن لا اعترض أنا كان المؤلف قد خول قبل وفاته شخصا مينا - من الورثة أو  
من غيره - سلطة إجراء التصديق والتغيير في المصنف .



## الفصل الرابع

### الذمة المالية<sup>(١)</sup>

#### Le Patrimoine

#### ٢٥١ - تعريف الذمة المالية ، والمخالف حول تأصيلها

يقصد باصطلاح « الذمة المالية » ، في الفقه السائد ، التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . وبذلك تتكون الذمة من جانبين : جانب ايجابي (L'actif) هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي (Le passif) هو مجموع التزامات الشخص المالية . ويقدر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، ويقدر ما تزيد التزاماته المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة .

والذمة المالية - كما يدل عليه اسمها - لا تتكون في جانبها الايجابي والسلبي الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها<sup>(٢)</sup> ، فلا يدخل في الجانب الايجابي للذمة المالية أى حق غير مالى للشخص<sup>(٣)</sup> ، ولا يدخل في الجانب السلبي لها أى واجب غير مالى عليه<sup>(٤)</sup> .

---

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Aubry et Rau, op. cit., t. IX Nos. 572-583. — Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1906, pp. 811-836. — Ismail Chanoa, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1961. Imp. Le Caire, 1967.

اسماعيل غالم ، المرجع السابق ص ١٠٢ - ١٢٢ \* - كتابنا في أحكام حق الملكية ، نفقات ٥ - ١٠ ، ص ١٢ - ٣٢ .

(٢) قارن مع ذلك :

Massad, op. cit., t. I, No. 292.

(٣) و (٤) كحق الإنسان على اسمه ، أو الحق الممنوع للزوجة على صسطه ، وكالواجب السلبي السام الواقع على الكفاة باحترام الحقوق . ولكن الإعتداء على مثل هذه الحقوق أو =

وقد كان تأسيس فكرة الذمة المالية وتاصيلها محل جدل كبير في الفقه ،  
فرى صدهاء في ظهور نظريتين متقابلتين في هذا الصدد : نظرية تقليدية ظلت  
لها السيادة في الفقه الفرنسي طوال القرن الماضي وهي المعروفة بنظرية  
الشخصية (Théorie de la personnalité) ونظرية حديثة راجت في  
الفقه الألماني خاصة، وهي نظرية التخصيص (Théorie de l'affectation) .  
فنعرض فيما يلي لهاتين النظريتين ، لنرى من بعد موقف الفقه الحديث منهما  
ونظرة اليوم الى جوهر الذمة المالية وأهميتها العملية .

### ٢٥٢ - نظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية الى الفقيهين الفرنسيين «أوبري» (Aubry) و «رو»  
(Rau) . وهي تقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانعائها  
منها (١) . فالذمة اذن هي إحدى خصائص الشخصية ، بل هي الشخصية ،  
ذاتها منظورا اليها من جانبها المالي . ولم يكن بد - وهذا الأساس هو نقطة  
الابتداء - من أن تخلع هذه النظرية على الذمة المالية صفات الشخصية كاملة  
فترتب عليها النتائج الآتية :

( ١ ) لكل شخص ذمة مالية : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة  
في الشخصية ، أو ما دامت - بعبارة أخرى - هي الجانب المالي للشخصية ،  
فحين الحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية . فلا يعلق وجود الذمة المالية اذن  
على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه  
في وقت معين . فالطفل اللقيط العارى مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام  
مالي ثابت له أو عليه ، تكون له ذمة مالية .

( ٢ ) لكل ذمة مالية شخص تستند اليه : ما دامت الذمة المالية هي  
الشخصية في مظهرها المالي ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص ،

---

= غرق مثل هذا الواجب ، يولد التزام مالي بالتعويض يدخل ذمة المعتدى كعصر سلبى وذمة  
المعتدى عليه كعصر ايجابى .

سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا . ولكنها لا تثبت فيما وراء ذلك لاحد أبا كان ، فلا تثبت لحيوان أو جماد ، ولا لجساعات من الأشخاص أو مجموعات من الاموال لا تتوافر لها الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

( ٣ ) **الذمة المالية واحدة لا تتعدد أو تنجزا** : ما دامت الذمة المالية هي الشخصية ذاتها في مظهرها المال ، فهي اذن - كالشخصية - واحدة لا تتعدد أو تنجزا . ولا يطمئن في وحدة الذمة المالية للشخص - عند انحصار هذه النظرية - أن تخضع عناصرها لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الذمة في مجموعها . اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض استثناء تحتمه اعتبارات خاصة (١) .

( ٤ ) **الذمة المالية وحدة أو مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها** : ما دامت الذمة المالية هي الشخصية نفسها في مظهرها المال ، وما دامت الشخصية هي مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية ، فان الذمة لا تكون اذن مجموعة فعلية ثابتة من الحقوق والالتزامات المالية ، بل مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص في الحاضر وما قد يوجد له في المستقبل من هذه الالتزامات وتلك الحقوق . ومن هنا ، كانت الذمة تمثل تصورا قانونيا مجردا يعبر عن وحدة أو مجموعة مستقلة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها (٢) ، بحيث لا يتأثر وجودها بوجود هذه العناصر أو بآى تغيير أو تعديل يطرأ عليها . وبذلك تكون الذمة - فيما يقال - كالوعاء يستقل في وجوده عن وجود محتوياته ، فهو يوجد في ذاته ولو خلا يوما من محتوياته ، ويظل موجودا ليتلقى ما قد يدخل فيه مستقبلا من محتويات ولما قد تتعرض له هذه المحتويات من تبديل وتغيير .

وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة مستقلة في وجودها عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف في الذمة أو النزول عنها كوحدة ، وانما يتصور التصرف أو النزول واردا على ما يوجد من عناصرها

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 580, pp. 332, 334.

فى وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة نفسها (١) . وهذه نتيجة حتمية .  
لتصور الذمة على أنها هي الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ، اذ كما  
يستحيل التصرف فى الشخصية أو النزول عنها ، فكذلك يستحيل التصرف  
أو النزول عن الذمة المالية كوحدة قانونية .

ولكن اذا كانت حقوق الشخص والتزاماته تنتقل الى الورثة بوفاته ،  
فليس معنى ذلك انتقال ذمته اليهم - فالذمة لا تنتقل من شخص الى آخر -  
وانما معناها امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها فى أشخاص  
الورثة (٢) .

### ٢٥٣ - نظرية التخصيص (٣)

ترجع هذه النظرية الى بعض فقهائ الألمان خاصة ، الذين أرادوا هدم  
النظرية التقليدية بما قامت عليه من أساس اندماج الذمة المسالية فى  
الشخصية ، وما استتبعه هذا الأساس من نتائج غير مقبولة .

من أجل ذلك رثوا أن الذمة المالية لا تكون مجموعة أو كتلة متماسكة من  
الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين ، وانما بسبب  
تخصيصها لغرض معنى ذى قيمة جديرة بالحماية . ولذلك فالعبرة فى وجود  
الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند اليه ، وانما بوجود غرض تخصص  
به . ومن هنا ، فكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد الى  
غرض معين ، أمكن القول بوجود ذمة مالية تون حاجة الى استلزام وجود  
شخص معين تسند اليه .

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعايتها من ورائها الاستغناء بفكرة

---

Auby et Rau, op. cit., No. 577. (١)

Auby et Rau, op. cit., Nos. 582, 583. (٢)

(٣) انظر فى عرض هذه النظرية خاصة :

— Michoud, La théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. —  
Beudant et Voiron, op. cit., t. IV, No. 21. — Saleilles, De la personnalité  
juridique, 2e éd., pp. 477, 478.

الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية التي يعدها مجرد افتراض بحث مخالف للواقع ، وحيلة مصطنعة بخاصة لا يمكن الاعتراف لمجموعات من الأشخاص ( كالجسميات والشركات ) أو الاموال ( كالأوقاف والمؤسسات ) بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منتفع بها . إذ لا يحتاج الأمر - لادراك هذه النتيجة - الى مثل هذا الافتراض أو التحايل بإعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، فكل من هذه المجموعات من الأشخاص أو الاموال تفترض وجود حقوق والالتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أي تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين . وتترتب على هذه النظرية نتائج نذكر أهمها فيما يلي :

( ١ ) **وجود الذمة دون شخص** : ليس من الحتم وجود شخص تستند اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض . وهذا يقضي عند أصحاب هذه النظرية - كما سبق البيان - عن فكرة الشخصية المعنوية التي تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعية بحتة للاعتراف بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بذمة مالية مستقلة .

( ٢ ) **امكان تعدد الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مندمجة في الشخصية وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معين ، فليس من الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجد له أكثر من ذمة ، فتتعدد ذمته بتعدد الأغراض التي تخص بها مجموعات من حقوقه والالتزامات المالية . فالوارث مثلا الذي لا يكون مسؤولا عن ديون مورثه الا في حدود أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التي آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة ديونها فلا يلتزم الوارث في ذمته الأصلية بسداد ديون مورثه .

( ٣ ) **امكان انتقال الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى الشخصية بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهي على هذا النحو

تكون مجموعة فعلية - لا مجموعة احتمالية - من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة بفرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيها والنزول عنها • وكذلك يمكن انتقالها بالموت الى الورثة ، دون حاجة الى ما تصطنعه نظرية الشخصية - في سبيل تبرير هذا الانتقال - من افتراض بحث يخالف الواقع ، قائم على اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث •

#### ٢٥٤ - تقدير النظرتين

يراعى في شأن نظرية التخصيص انه لا يمكن التسليم بمقدمتها الاولى القائمة على امكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الأشخاص • فمثل هذه المقدمة لا يمكن قبولها في ظل القوانين الوضعية الحديثة التي تسلم بوجود أشخاص معنوية او اعتبارية الى جنب الأشخاص الطبيعية ، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى في وجود هذه الأشخاص حقيقة واقعية لا مجرد افتراض مجتزئ ، فقد قامت هذه النظرية على أساس القول بانكار فكرة الشخصية الاعتبارية • وقامت فكرة الذمة المالية القائمة على التخصيص بفرض معين كبديل عنها •

فالثابت اذن في القانون الحديث اليوم أن الذمة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا • اذ من المسلم انه لا يكسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الأشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغي انه تكون الذمة - وهي مجموع من الحقوق والالتزامات المالية - خاصة بشخص معين • ولكن ليس معنى ذلك رفض فكرة التخصيص في ذاتها • فسنرى من بعد أن هذه الفكرة صالحة من وجوه معنوية ولكن في حدود ما قبلناه من ضرورة استناد الذمة الى شخص معين • أى أن هذه الفكرة قاصرة عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص • ولكنها صالحة - اذا وجبت ذمة لشخص معين - لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأييد ذمة أخرى مستقلة لنفس الشخص (١) •

وليس يعنى ذلك أيضا رفض ما ترتبه نظرية التخصيص من نتائج معينة ، كعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والتزول عنها بين الأحياء ، وامكان انتقالها بالموت الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد شخصية المورث في أشخاص الورثة ، فتلك نتائج سليمة ينبغى التسليم بها في جملتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهاز منطق نظرية التخصيص - غير المقبول - من انكار ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافا شديدا في منطقتها من ربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها هو الذى دفع الى انكار تلك النتائج بخلق كل صفات الشخصية على الذمة .

ولئن كان ينبغى التسليم بوجوب استناد الذمة الى شخص ، الا أن ذلك لا يستتبع بحال من الأحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ، والا انتهى الامر - كما انتهت النظرية التقليدية فعلا - الى اعتبار الذمة هي الشخصية نفسها في مظهرها المالى أى هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المالية له أو عليه ، وهو لفو لا يمكن قبوله ، اذ ما دامت الذمة والشخصية شيئا واحدا ، ففيم اذن كان اصطلاح « الذمة المالية » ، و - فائدته وليس له من مدلول جديد (١) ؟ -

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . وغفال هذه التفرقة هو الذى دفع بنظرية الشخصية الى الغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما . ولئن كان الغالب فى العمل أن لكل شخص ذمة لأنه يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق مالية ، الا أنه اذا قام احتمال وجود مثل هذا الشخص

---

(١) انظر فى نقد الخلط بين الذمة والشخصية :

Bondart et Volzin, t. IV, No. 38. — Imball Ghanem, thèse précitée, No. 82. — Mevorach, article précité, p. 818. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 17.

فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له (١) .

• والمخلط بين الذمة والشخصية دفع بالنظرية التقليدية كذلك الى القول بان الذمة واحدة لا تتمدد أو تنجز ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمة مالية متعددة . ومثل هذا القول - كما هو ظاهر - لا يستقيم الا مع مقدمة غير مسلمة ، هي اندماج الذمة في الشخصية . ومن ثم لا يوجد عقلا ومنطقا ما يمنع من تصور تعدد الذمة . وهنا نجد فائدة فكرة التخصيص ، اذ قد تخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بفرض معين فتنشأ منها ذمة خاصة الى جانب ذمته العامة (٢) .

وفي قواعد القانون المصري أمثلة على تعدد الذمة المالية لدى بعض الأشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض ما لهم من أموال (٣) .

فللقاصر أهلية التصرف فيما يوضع تحت تصرفه من مال مخصص لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط ( م ٦١ من قانون الولاية على المال ) . وكذلك فللقاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بماله من مال ، بشرط ألا يتعدى التزامه حدود هذا المال ( م ٦٣ من القانون سالف الذكر ) . ففي هاتين الحالتين ، يكون للقاصر - فضلا عن ذمته العامة - ذمة خاصة متعلقة بأموال معينة لا يلتزم إلا في حدودها وحدها .

وكذلك فلمالك السفينة الحق في تركها الى أصحاب الديون الناشئة بسببها أو بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحدها هي

(١) في هذا المعنى :

Meyerach, article précité, p. 427.

(٢) ولكن لا يتأتى التخصيص بإرادة الأفراد وإنما القانون وحده هو الذي يقرره ، كما أنه يجب من جهة واتكان في المعاملات ، ومنها من تفتت الاموال العام بتوزيعه بين ذمم الشخص للخدمة ( انظر كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، صفح ١٦٠ من ٢٨ ) .

(٣) انظر :

Journal Chama, thèse précitée, Nos. 87-88.

اسماعيل غانم ، ص ١١١ - ١١٣ . - شليق شحاته ، فقرة ٦ ، من ١٢ و ١٣ .



وأجرتها دون غيرها من أمواله ( م ٢٠ بحرى ) . وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة للمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة أجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات انتفيذ على غير السفينة وأجرتها ما يدخل فى ذمته العامة من أموال .

وأخيرا فللوارث فى القانون المصرى - كما سنرى - ذمتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التى انتقلت اليه . فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه إلا فى حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديوان التركة من أمواله الأصلية ، فلكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى .

بقى أن يراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصططمت بنظام الميراث فاضطرت - فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة - الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث (١) . وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض مجزى مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر .

وإخلاصة مما تقدم وضوح جانب المضللة والإسراف فى كل من نظرية الشخصية (٢) ونظرية التخصيص ، الأولى بادماج الذمة فى الشخصية ادماجاً كلياً ، والثانية بفصل الذمة عن الشخصية .

---

(١) بحيث يكونان اما شخصا واحدا حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، أو يكون الوارث شخصين : شخصا هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة .

(٢) انظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية فى الفقه المصرى :

عبد الحى حجازى ، ص ٢٢٨ - ٢٢٦ - محمد سامى مذكور ، نظرية الحق ، ١٩٥٤ .  
ص ١٢٢ - ١٢٧ - عبد الشعم البهراوى ، فقرة ٢٩٤ .

### ٢٥٥ - جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث في مجموعه<sup>(١)</sup> الى الإبقاء على فكرة الذمة المالية مبررات مما خلعت عليها النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم إلى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لهذه ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل في تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أي باعتبارها وحدة تفنى وتلاشى فيها عناصرها .

ولكن ينبغي أن لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية إلى المعنى الذي كانت تفهمه منها نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية أن تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكري لا علاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر إيجابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الا صدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خطأ شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ، ويكاد يلقى أى معنى لوجود فكرة الذمة إذ ينقلب مدلولها من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، إلى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات المالية . وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد إلا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية إذن ينبغي أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة - ما دامت لم تغل من عناصر قط - رغم تغير ذاتية العناصر المولدة لها . فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تدخل فيها بعض عناصر جديدة - إذ حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير مستمر لا يثبت على حال واحدة - دون

(١) انظر فى ذلك :

Beudant et Voirin, t. IV. Nos. 17, 18. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 138. — Pénol, Ripert et Picard, t. III. No. 15.

أن ينفي ذلك وجود وحدة دائمة تنظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة إذن - وإن كان لا وجود لها بغير عناصر تكونها - لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة في ذلك مثل الأمة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر في ذاتية أفرادها يموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التي تنظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية في ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الالتزامات وتلك الحقوق من تغير مستمر ، هي جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذي يعبر عنه عادة بأن للذمة - كوحدة - كيانا مستقلا عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير .

#### ٢٥٦ - أهمية الذمة المالية

ترتبط الذمة المالية ، على هذا النحو ، بين الجانب السلبى والجانب الإيجابى فيها ربطا محكما وثيقا تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحية ، يعتبر الجانب الإيجابى مسئولا عن الجانب السلبى وضامنا له بحيث تكون كل ديون الشخص مضمونة دائما بكل حقوقه ، فيكون للدائنين إذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحية أخرى ، تنتقل الذمة بجانبها الإيجابى والسلبى الى الورثة كما تحدد مضمونها نهائيا عند الوفاة (١) . فنعرض فيما يلي بإيجاز لضممان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

( ١ ) الضمان العام للدائنين : قلنا ان الذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتى للذمة يجعل الجانب الإيجابى فيها مسؤولا عن الجانب السلبى دون تحديد لمفردات كل منهما

---

(١) انظر مع ذلك في انكار الحاجة الى فكرة الذمة المالية لتبرير الضمان العام للدائنين وانتقال حقوق المورث والتزاماته الى الورثة ، والمعوة الى الاستغناء بالتالى عن هذه الفكرة :

*Giannini, ultimo parágrafo, Nos. 22-23.*

اسماعيل خانم ، ص ١١٩ - ١٢٢ .

وانظر في مناقشة هذا الاجراء وفى الايحاء على فكرة الذمة المالية :

كتابنا سالف الذكر في احكام حق الملكية ، ص ٢٩ و ٣١ و ٣٢ .

أو اعتبار لما قد يطرأ على هذه المفردات من تغيير . وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته ، بمعنى أنه ضمان الدائنين لا يقع على حق أو حال معين ينفك من حقوق المدين أو أمواله ، بل يقع على الجانب الإيجابي من ذمة المدين برحمته باعتباره ذاتاً كيان ذاتي مستقل عن ذاتية مفرداته ومحتوياته . ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عام (droit de gage général) على جميع أموال المدين . وهذا ما يعبر عنه المشرع المصري بنصه على أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه ، (م ١/٢٢٤ مدني) .

وهذا الضمان العام المقرر للدائنين ، يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شيء أو عين معينة من أعيان المدين ، وإنما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . فإذا لم يف المدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانه ، ذلك أن حقوقهم — باعتبارها داخلية في الجانب السلبي من ذمة المدين وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب إيجابي — إنما تكون مضمونة الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينة بالذات ، بحيث لا يقتصر الضمان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك إلى أمواله المستقبلية .

غير أن هذا الضمان العام — أن كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية ، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده في الأصل حرة التصرف في أمواله باعتباره ضمناً لا يتحمل أحد هذه الأموال بالذات وإنما يرد عليها كمجموع ذاتي مستقل — إلا أنه قد يضرر المخطر للدائنين من ناحيتين : فمن ناحية ، يرد ضمان الدائنين على الجانب الإيجابي من ذمة المدين كوحدة ثابتة في ذاتها ومفترقة في عناصرها . فإذا نقصت العناصر المكونة لهذا الجانب بخروج بعضها من ذمة المدين ، فتنقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين . ومن ناحية ثانية يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أموال المدين (م ٢/٢٢٤ مدني) ، لأن كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه . وهذه المساواة قد تعرضهم لمخطر التزامهم على أموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء

الديون كاملة واقتسامهم اياها فيما بينهم قسمة غراما بنسبة دين كل منهم (١) .

( ٢ ) انتقال الذمة المالية بالوفاة : ما دامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابي بالجانب السلبي ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لا ينهار بوفاة الشخص بل يظل قائما بحيث تنتقل ذمته الى الوراث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذي تحدثت به مفرداتها نهائيا عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طرود أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصان .

وما دامت ذمة المورث - باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقه والتزاماته المالية - تنتقل بالوفاة الى الوراث ، فمقتضى ذلك اما اندماج ذمة المورث فى ذمة الوراث ، واما قيسام ذمة المورث الى جانب ذمة الوارث بحيث تصبح للوراث ذمتان مستقلتان : ذمته الأصلية المتعلقة به ، وذمة مورثه التى آلت اليه عن طريق الارث .

واندماج ذمة المورث فى ذمة الوراث ، يجعل الوراث مسئولاً عن ديون التركة لا فى أموالها فقط ولكن حتى فى أمواله الأصلية كذلك . وهذا هو النظام الأصل المتبع فى القانون الفرنسى بخاصة . وقد رأينا من قبل فساد تفسيره على النحو الافتراضى الذى تقول به النظرية التقليدية من اعتبار شخصية الوراث امتدادا لشخصية المورث .

أما قيام ذمتين مستقلتين للوراث ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التى آلت اليه بالمراث ، وهو النظام المقرر فى القانون المصرى أخذا عن الشريعة الاسلامية ، فمن شأنه تحديد مسئولية الوراث عن ديون التركة بقدر ما فيها من أموال (٢) . فتمتص ذمة المورث التى آلت الى الوراث مكونة لوحدة مستقلة

---

(١) يمكن - كما سبق البيان - دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق عيني تبى للمدان على عين معينة بالثبات من أموال المدين ، بحيث يكون له اقتضاء دينه من ثمنها بالأفضلية والأولوية على غيره من الدائنين العاديين .

(٢) يأخذ القانون الفرنسى كذلك بهذا النظام استثناء . بما يجيزه للمورث من تحديد مسئولية عن ديون مورثه عن طريق ما يسمى : « قبول التركة بغير الجرد » .  
(Sous bénéfice d'inventaire)

قائمة بذاتها ، ضمن الجانب الإيجابي فيها الجانب السلبي كما تحدثت  
مفردات كل منهما عند الوفاة ، بحيث يقتصر ضمان ديونها على مجموع  
حقوقها وحده ، فلا يكون الوارث مسئولاً في ذمة وإمواله الأصلية عن وفاة  
ديون الذمة الموروثة . وبذلك تكون الذمة الموروثة ذمة مخصصة لغرض معين  
هو تصفية ما كان للموت من مركز مالي أو إلى الوارث بحيث لا يكون لذمة  
الوارث الأصلية ، وهي مستقلة عنها . شأن بهذا الغرض .

ولا يحتاج وجود ذمتين منفصلتين للوارث على هذا النحو إلى افتراض  
شخصيتين له كما كانت تفعل نظرية الشخصية . فهذا افتراض بحث غير  
مقبول ، يفني عنه وجوب تجريد الذمة من صفات الشخصية كما رأينا ، بحيث  
لا يعود ثم ما يمنع من إمكان انتقالها بسبب الوفاة وتعددتها لنفس الشخص  
وهو الوارث .

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث في القانون المصري ، هو فيما  
نرى التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » ، المقررة فيه  
وفي الشريعة الإسلامية . وهذا التفسير يفضل تفسيراً آخر يذهب إليه بعض  
فقهائ الشريعة الإسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية<sup>(١)</sup> من اعتبار تركة  
المتوفي المدينة باقية حكماً على ملكه تقريباً على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة  
افتراضاً إلى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته . إذ لا حاجة إلى مثل  
هذا الافتراض البحت المخالف للقواعد القانونية الوضعية الحالية ، وهناك  
ما يفني عنه من حقائق الواقع المتمثل في وجود مجموعتين من الحقوق  
والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلالية وكيانه الذاتي : المجموعة المطلقة  
بالوارث أصلاً ، والمجموعة المتعلقة بالمورث التي آلت بوفاته إلى الوارث<sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر في ذلك :

محمد عبد الله ، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ - ٣٢ .

(٢) راجع في ذلك :

دروستا في مصادر الحقوق المالية الأصلية ، على الألة النسخة ، ١٩٦٤ ، ص ٢٣ - ٢٧ .

# الباب الأول

## صاحب الحق

(١) Le sujet de droit

### ٢٥٧ - صاحب الحق هو الشخص

يستند الحق الى شخص يكون صاحباً له (٢) ، بحيث يستأثر وحده - دون غيره من الاشخاص - بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات . ومن هنا قام الترادف في الاصطلاح القانوني بين « صاحب الحق » وبين « الشخص » (La personne) ، وأصبحت « الشخصية » (La personnalité) بالنسبة الى الحق هي علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين . بل أصبحت هي كذلك علامة الصلاحية لثبوت « الالتزام » أو « الواجب » ونسبته الى صاحب معين . فالالتزام أو الواجب - كالحق - يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص .

### ٢٥٨ - مدلول الشخصية

إذا كان صاحب الحق - وهو ما يعني هنا في هذا المقام - هو « الشخص » ، فينبغي تحديد مدلول « الشخص » أو مدلول « الشخصية » التي يتمتع بها هذا الصاحب . وفي هذا الصدد ينبغي توقي الخلط بين مدلول هذا الاصطلاح

---

(١) يراعى أن هذا الاصطلاح الفرنسي إنما يؤخذ عند كثير من الفقهاء ، لا لدلالة على « صاحب الحق » فحسب ، وإنما للدلالة كذلك على المحصل بالالتزام المقابل للحق - انظر فيما يؤدي الى ذلك من خلط غير مرغوب فيه ، وفي محاولة دفع هذا الخلط على أسس. قصر هذا الاصطلاح على « صاحب الحق وحده » والتعبير بـ « صاحب الالتزام » "le sujet d'obligation" عن المحصل بالالتزام :

كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٨٩ .

(٢) انظر في محاولات انكار وجود صاحب الحق من حيث المبدأ ، والحد من صفة امتياز صاحب الحق ، وفي مناقشة هذه المحاولات ورفضها : كتابنا أصول القانون ، ص ٦٩٠-٦٩٧ .  
( م ٣٣ - المدخل الى القانون )

في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس من ناحية وبين مدلوله في نظر القانون من ناحية أخرى (١) . فالخلط بين المدلولين كان من الأسباب الرئيسية السكائمة وراء ما أحاط مشكلة الشخصية في الفقه من مشاكل وعقيدات كثيرة وبخاصة في شأن الشخصية المكنوية أو الاعتبارية .

فالشخص في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس هو الإنسان وحده ، لأن الشخصية في هذا النظر إنما تعبر عن صفة كانت متميز له من طبيعته الروحية الراقية الخاقية - سواء كانت متحققة أو متخلقة في الواقع - ما يجعل له غاية خاصة به (٢) . وعنى صفة لا تتوفر إلا لفرد الانساني دون غيره من الكائنات الأرضية . ونيس الحال كذلك في نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح « الشخص » أو « الشخصية » مدلولاً آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الانسانية . فقد يخرج القانون من عداد الأشخاص بعض بني الإنسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الإنسان . وآية ذلك ، أن ارقيق لم تكن له شخصية في نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائدا ومشروعاً . وإذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية ثابتة لكل إنسان على السواء ، إلا أنها ليست قاصرة عليهم بل هي ثابتة كذلك لغير الإنسان ، فثم جماعات من الأفراد كالشركات والجمعيات ، أو مجموعات من الأموال كالأوقاف والمؤسسات ، تعتبر أشخاصاً في نظر القانون .

فمدلول الشخصية اذن في نظر القانون لا يطابق تماماً مدلولها في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ولا يفترض بالتالي حتماً توافر الصفة الانسانية . ولا يكفي القول - لتحديد هذا المدلول - بأن الشخص هو من يمكن نسبة الحقوق والواجبات أو الالتزامات اليه ، أو من يعتبر صالحاً ليكون

---

(١) في هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Régis, op. cit., pp. 71, 74, 75. —  
Dabin, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) انظر في ذلك :

Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 3e éd.,  
1951, V. Personne, p. 759. — Régis, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit.,  
p. 108.



صاحبا لحقوق والواجبات، أو الالتزامات، فلا يقدم هذا القول كثيرا في تحديد صاحب الحق، إذ يبقى تحديد مدلول ومعايير مثل هذه الصلاحية.

وإن عند الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين: الاتجاه الأول يتطرق في تطبيق مدلول هذه الصلاحية بانطاعتها بإرادة العاقلة الواعية<sup>(١)</sup>، حتى لينكر الشخصية على المجنون والصغير غير المميز أو في الأقل يستتبع شخصيتهما افتراضية وليست حقيقية. والاتجاه الثاني يتطرق في توسعة مدلول هذه الصلاحية بانطاعتها بالتفتح<sup>(٢)</sup>، حتى ليعترف بالشخصية للحيوان أو الجماد إذا حصل تصرف لصالحه.

وكلا الاتجاهين مرفوض<sup>(٣)</sup>. فمن ناحية يقوم كل منهما على أساس تصوير معين للحق، إذ يقوم الأول على أساس تصور الحق قدرة إرادية ويقوم الثاني على أساس تصور الحق مصلحة يحميها القانون، وقد سبق لنا مناقشة ورفض هذين التصويرين لنحق. ومن ناحية أخرى، يخالف كل منهما حكم القوانين الوضعية: فالأول يخالف المقرر في هذه القوانين من استناد الحقوق إلى عديمي الإرادة من الأفراد كالمجنون والصغير غير المميز وليس إلى من يولى عليهم من أولياء أو أوصياء أو قوامين. والثاني يخالف المقرر في هذه القوانين من التمييز بين صاحب الحق وبين محله واعتبار الحيوان أو الجماد دائما محتلا للحق لا صاحبا له.

ورفض الاتجاهين المتقدمين يوجب الاتجاه وجهة أخرى لا تبلغ مبلغا من التطرف في قصر الشخصية على ذوي الإرادة من الأفراد أو بسطها حتى على الأشياء من حيوان وجماد. ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير

(١) انظر في هذا الاتجاه بخاصة:

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 42 - 48, pp. 461 - 532. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 947 - 952, pp. 315 - 326.

(٢) انظر في هذا الاتجاه بخاصة:

Demogue, La notion de sujet de droit, Rev. trim. de droit civil, 1906, notamment, pp. 631 - 646.

(٣) انظر في تفاصيل مبررات هذا الرفض:

كتابنا سالف الذكر، ص ٧٠١ - ٧٠٥.

المميز من الأشخاص واستبعاد الأشياء من عداد الأشخاص ، ايجاد ترادف بين الشخص والانسان والمودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية أو الأخلاقية ، فللقانون غاية معينة تمثل عليه مدلولاً معيناً للشخصية مختلفاً عن مدلولها الفلسفي أو الأخلاقي أو النفسي . ذلك أن القانون يستهدف إقامة نظام اجتماعي عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتكوين الكائنات المتميزة التي تمثل - بالنظر الى هذا الهدف - قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق . وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التي تثبت صلاحية لدى الكائن في أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزاً لها. أمر لا يتحكم فيه القانون الوضعي وانما تمنيه عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية .

وإذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائناً متميزاً له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافر أو تخلف الوعي والادراك عنده لأن الانسان هو حجر الأساس في النظام الاجتماعي وصاحبه يظل هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ، فان هذه الحقائق تفرض عدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحده ، بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الأفراد . فمثل هذه الكائنات الجماعية - على هذا النحو من التنظيم الذي يجعل لها كياناً مستقلاً عن كيان الأفراد المنشئين لها أو المنتفعين بها ، ومن الهدف الذي يوجه كيانها المستقل الى تحقيق ما يعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية - لا تقل عن الانسان في نظر القانون والنظام الاجتماعي قيمة وصلاحية كمرکز للحقوق والواجبات أو الالتزامات . ولذلك اذا كان القانون يثبت الشخصية لكل انسان ، فانما يثبتها له لما يمثل من هذه القيمة والصلاحية ، ولهذا لا يقصرها عليه وحده بل يجاوزه فقيمتها كذلك لغيره من الكائنات الجماعية المتميزة - مثل الجمعيات والشركات والأرثاق والمؤسسات - التي لها نفس هذه القيمة والصلاحية .

وعلى هذا النحو لا تناط الشخصية بالادراك أو الإرادة ، ولا بالانتماع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وانما تناط أساساً بالقيمة الاجتماعية

(La valeur sociale) (١) - فيكون الشخص هو الكائن المتميز (٢) ذا القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثل أو يستهدفه من مصالح إنسانية (٣) ، مما يفسر كونه صاحباً للحقوق والواجبات أو الالتزامات وكون شخصيته هي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها إليه .

#### ٢٥٩ - الشخصية وأهلية الوجوب (٤)

إذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذي يعنى صلاحية كائن ذي قيمة اجتماعية لوجوب الحقوق له أو عليه ، فينبغي مراعاة ما يشيع في الفقه (٥) من التعبير عن الشخصية كذلك باصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفاً لاصطلاحها ، بحيث يتحدد الشخص بأنه من يكون أهلاً للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين الاصطلاحين ومدلوليهما فتبقى بينهما فروق تبرر التمييز بينهما (٦) .

(١) أنظر في ذلك خاصة :

Réglaide, op. cit., pp. 75 - 79 — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. —  
Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) أنظر في استلزام أن يكون الشخص كائناً (être) له وجود متميز ، لا مجرد نشاط

(activité) ولو ذي قيمة اجتماعية : Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) مزب : Dabin, ibid.

وقدون : Réglaide, pp. 78, 78, 79

(٤) يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية اصطلاح « الفعة » على الشخصية ، ويجعلونها مناطاً لأهلية الوجوب أو يصدون الأهلية. فترا لها ( أنظر في ذلك خاصة : أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ - على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ - عمر عبيد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٣ -

وقارن : محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامي ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ . الفقى يستبدل.  
اصطلاح « الإنسانية » باصطلاح « الفعة » .

(٥) أنظر بخاصة : عبد الرزاق السنهوري وحسنت أبوسيت ، فقرة ٢٢٠ - محمد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ - عبيد المنعم فرج الصمد ، نظرية الحق في القانون المعنى الجديد ، ١٩٥٠ ، ص ٤٧ - محمد سامي مذكور ، ص ٥٤ و ٨١ - جبيل - الشرفاوى : ص ١٢٠ .

(٦) أنظر في ذلك بخاصة :

سليمان مرقس ، حاشي ٥١٥ ، ص ٢٨٠ -  
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

ذلك أن الشخصية ، وهي صلاحية كائن لأن تنسب إليه الحقوق والواجبات أو الالتزامات ، إنما تواجه هذه الصلاحية في ذاتها من حيث مبدأ وجودها بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكننا لا نتصور أبدا ناقصة . فوجودها لا يتراوح بين الكمال والنقصان يتراوح عدد ما تتعلق به الصلاحية من حقوق وواجبات و التزامات ، بل يكفي لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا ، ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والواجبات أو الالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب<sup>(١)</sup> . ولذلك فإذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس في القانون الحديث فمعنى ذلك أن لكل منهم - على قدم المساواة - مثل هذه الصلاحية في المبدأ ولو كان معروفا من بعض الحقوق ، فيظل له - دون نقصان - نفس ما للباقين غير المحرومين من شخصية ما دام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم ما يجعله صالحا كصاحب يسكن أن ينسب إليه أي حق أو التزام . وإذا كان اختلاف الأشخاص في قدر ما يمكن نسبته إلى كل منهم من حقوق وواجبات أو التزامات ، لا ينتقص من تساويهم في الشخصية لأنه لا يسس مبدأ صلاحيتهم كأصحاب للحق وللواجب أو الالتزام ، فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية ، وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب<sup>(٢)</sup> ، وهو الذي يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض<sup>(٣)</sup> . ولذلك لا يحمل تساوى الأشخاص في الشخصية معنى تساويهم في أهلية الوجوب ، بل تتفاوت أهلية وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الأحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية .

فالشخصية إذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بعامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من

(١) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، علمى «١» ، ص ٢٧٩ .

(٢) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, Ibid.

(٣) قارن : سليمان مرقس ، علمى ص ٢٨٠ .

حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات . وعلى هذا النحو ، يتحدد  
الفصل بين الشخصية وأهلية الوجوب ، رغم تعلقها بما بهذه الصلاحية ،  
بالفصل بين التجريد والتطبيق ، فتكون الشخصية هي الصلاحية المجردة  
وأهلية الوجوب هي الصلاحية الواقعية أو الجسمة .

وعلى هذا النحو إذا كان حرمان بعض الأشخاص من بعض الحقوق أو  
عدم الزامهم ببعض الواجبات أو الالتزامات لا يلغى الشخصية أو يتكرها  
عليهم ، فهو يقيد أو ينتقص - رغم ذلك - من أهليتهم للوجوب (١) . ولذلك  
تكون الشخصية ثابتة للنساء مثلا رغم حرمانهن في بعض الشرائع من الحقوق  
السياسية واعفائهن من الخدمة العسكرية ، وللأجانب رغم حرمانهم في بعض  
الشرائع من تملك العقارات أو الأراضي الزراعية ، وللغريب رغم حرمانه من  
الارث لاختلاف الدين أو لقتله المورث عمدا . ولكن يكون لهذا الحرمان والإعفاء  
اثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة أو ناقصة بالنسبة الى غيرهم من  
ذوى الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو منعدمة  
في شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل الإعفاء بالذات .

#### ٢٦٠ - منهج البحث

إذا كان صاحب الحق هو الشخص وكان الشخص - على ما رأينا - هو  
الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا جماعيا  
من خلق الفكر والتصور ، فينبغي أن نعرض للشخص صاحب الحق في نوعية  
الكبيرين هذين . ولذلك تقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في الشخص الطبيعي .

الفصل الثاني - في الشخص المعنوي أو الاعتباري .

---

(١) في هذا المعنى : اسماعيل لاثم ، ص ١٥٤ .

# الفصل الأول

## الشخص الطبيعي

### La Personne Physique

#### ٢٦١ - تمهيد وتقسيم

يقصد بالشخص الطبيعي الانسان ، وكل انسان اليوم - دون استثناء - يعتبر شخصا في نظر القانون الحديث ، اذ الشخصية تفتقر - كما رأينا - وجود كائن متميز له قيمة اجتماعية بالنظر الى ما يتعلق به او يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الاصيل - وان لم يكن الوحيد - لهذا الكائن ، غير ان هذه الحقيقة المسلمة اليوم من اسباب الشخصية على كل انسان<sup>(١)</sup> ، لم تكن كذلك على الدوام . فقد كانت بعض الشرائع القديمة تقصر الشخصية على الاحرار وحدهم من الناس وتكرها على الارقاء ، ولعل مرجع ذلك الى ان النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية<sup>(٢)</sup> لارتهاان هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عداد الاشخاص اصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الأشياء محل الحقوق .

واذا كانت الشخصية معترفا بها في القانون الحديث لكل انسان ، فهي ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعية عاقلة عنده ، ذلك ان توافر الصفة الانسانية حتى مع انعدام العقل الواعي والادراك كاف - بالنظر الى غاية

---

(١) انظر في نظام « الموت المدني » الذي كانت تعرفه بعض الشرائع من قبل ، وفي انه لم يكن مدمما الشخصية اعداما تالما وانما كان عقيدا لاهلية الوجوب بصورها في اضيق نطاق : كتابنا سالت الذكر ، هامش ١٥ ص ٧٦١ - ٧٦٢ .

(٢) في هذا المعنى :  
Dahm, op. cit. p. 118.

القانون وما يقرره من حقوق - لاثبات القيمة الاجتماعية والشخصية بالتالى لكل انسان حتى للمجنون أو الصغير غير المميز (١) - ولذلك تثبت للناس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كامل العقل والادراك أو ناقصيه أو عديميه .

ولكن تساوى الناس فى ثبوت الشخصية لكل منهم دون تمييز ، لا يعنى . انهم سواء فى اكتساب نفس الحقوق (٢) - ولذلك ، فرغم اعتبار كل افراد الناس اشخاصا ، الا انهم يتفاوتون فى مدى ما لكل منهم - نتيجة شخصيته - من اهلية وجوب كما سبق البيان ، فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق . والواجبات أو الالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق . والواجبات أو الالتزامات عند افراد آخرين (٣) .

(١) انظر بخاصة ، فى تأييد اثبات الشخصية للمجنون والصغير وتهد انكارها عليه :

Dabin, op. cit., pp. 117-128.

Dabin, op. cit., p. 117. (٢)

(٣) يثير نظام الرعية ، بما يفرضه من اعتبار الراسب ميتا بالنسبة الى العالم الدنيوي . وغير صالح للملكة لنفسه وانما للدير القوي ينتمى اليه ، مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراسب وحظه من ثبوت الشخصية أو انتمائها ، ومدى اهلية وجوبه اذا كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه - وينبغى ان نقرر فى هذا الشأن . ان مثل هذا النظام لا يمكن ان يعتبر صحيحا اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراسب او حصر اهلية وجوبه فى اشيى نطاق ، لان قواعد الشخصية والاهلية من القواعد المستقلة بالنظام المصمم التى يمتنع على الافراد - بل وعلى عرف طائفتى كعرف الرعية - اصدارها أو الخروج عليها ( فى هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ ابريل ١٩٢١ ، المجلد ١٧ ، ٣٦٥ - ٧٤٦ ) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرعية كليسا ، واعتبار الراسب - على نفس وضعه السابق قبل الترحيل - صاحب كل ما يكتسبه من الحقوق وخامية التطبيق القضائية . ذلك ان الراسب - بمجرد الدخول للدير - يتجربا وظيفته دينية معينة فيه ، تفرض تجديدا موقفا لعلاقاته بالدير وتبنيها بين ما يكتسبه من حقوق مالية وظيفته الشخصية فيكون له ويحرم ما يكتسبه . وظيفته الدينية فيكون للدير - وليس فى اختيار الدير صاحب طائفة الحقوق الاجنبية . ما يخالف قواعد القانون الوضعي ، ما دام اكتساب هذه الحقوق - رغم تحلقه عن طريق الراسب - منظورا فيه الى وصف الراسب ووظيفته كاتبع عن الدير أو ممثل له - مما يوجب - على الراسب - لا يكتسبها لحساب نفسه - نسبتها الى الدير وانما لها فى ذاته وحده .

وعلى هذا النحو ، يجب اعتبار الراسب شخصيا لهي يتقومة اهلية وجوبه بسببه القوي . لئلا يخلو من الترحيل ويحده - كما كان قبله - سالما لان يكون صاحبا للحقوق والالتزامات . ولما ما يكتسبه الدير من حقوق عن طريقه ، فهو اكتساب متبرع ليس عهده النظام شخصية الراسب . فو نقص اهلية وجوبه وتبنيته من الدير أو تمثيله . له فى جلب الاكتساب بكم صله =

وإذا كانت الشخصية تثبت لكل إنسان ، فهي تلازمه من ابتداء حياته إلى حين وفاته . وهي ، في هذا المدى الزمني ، يكون لها ما يميزها - بالنسبة إلى كل فرد عن بقية الأفراد الآخرين - من مميزات خاصة به ، وهي إذا كانت - كما رأينا - لا تتطلب إرادة معينة في الفرد لثبوتها له ، باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو عليه ، إلا أن توليد الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو مباشرتها أو ترتيب الآثار القانونية بوجه عام قد لا يتحقق في بعض الصور إلا نتيجة قدرة إرادية معينة عند الشخص . وتفاوت الأفراد الطبيعي في توافر مثل هذه القدرة ، لا بد مفاوت بينهم بالتالي من حيث مباشرة النشاط الإرادي للشخصية أو « أهلية الأداء » ، فتتراوح هذه الأهلية - بتراوح قدر الإرادة عند الأفراد - بين الانعدام والنقصان والكمال .

ومن ثم تقسم هذا الفصل إلى ثلاثة معاجم :

المبحث الأول - في مدة الشخصية .

المبحث الثاني - في مميزات الشخصية .

المبحث الثالث - في النشاط الإرادي للشخصية أو أهلية الأداء .

---

« ووجدت » . ولذلك لا يكتسب الدين ما يؤد إلى الراهب من حقوق يوصفه الشخص . بل تظل له وحده يرتها منه أقرباؤه وورثته من بعده ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، حاشي ١٥ ص ٢٦٧ - نفس ١٤ مايو ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ( المدنية ) ، ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٥٢٩ - كتابنا سالف الذكر ، حاشي ١٥ ص ٧١٤ و ٧١٥ - نفس ٢١ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة الكتب التي لأحكام محكمة النقض ، ص ١٧ ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ ، حيث يؤكده هذا الحكم بأنه وفقا لنظم الرهينة للتبضع لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر والتي اعترفت به الحكومة « لا تصد الرهينة شخصية الراهب ولا تسمى أهلية وجوبه ، إذ يمثل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهينة ملكا للبيعة التي كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقا للأحكام الكنسية نائبا عن البيعة في تلك هذه الأمور » .



## البعث الأول مدة الشخصية

### ٢٦٢ - تمهيد

ما دامت الشخصية تثبت لكل انسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له .  
أو عليه ، فالأصل أن تظل ملازمة له ما دام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنقضى  
بوفاته . ولكن هذا الأصل غير مطلق ، إذ ثمة اعتبارات شملية تحتم الخروج  
عليه ، اما ببدء الشخصية قبل الولادة ، واما بانتهائها دون تيقن من الموت  
الحقيقي . فنعرض فيما يلي على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها .

## المطلب الأول بداية الشخصية

الأصل أن تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا . غير أن القانون  
يخرج على هذا الأصل ، فيثبت من قبل الولادة للجنين أو الحمل بعض الحقوق .  
ولكن بشرط تمام ولادته حيا من بعد .

### ٢٦٣ - ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا

تبدأ شخصية الانسان في الأصل بتمام ولادته حيا ( م ٢٩ مدني ) ،  
أي يشترط لبده شخصيته : تمام ولادته من ناحية ، مع تحقق حياته عند  
الولادة من ناحية ثانية .

( ١ ) **تمام الولادة** : كان المذهب الحنفي الممولى به في مصر ، يكتفى في  
هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله (١) . ولكن  
المشرع المصري - في قانون الموارث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٦  
على التعاقب - عدل عن اتباع هذا الحكم ، وأخذ بحكم المذاهب الاسلامية :

---

(١) انظر كتابنا سالف الفكر ، متن وعلمش ١٥ ص ٧١٨ .

الثلاثة الأخرى التى تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ، وهذا أفضل، حسبا للأمر وقطعا للمنازعات . ثم أكد التقنين المدنى الحال هذا لحكم من بعد ، ينصه على أن « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا » ( م ٢٩ ) .

( ٢ ) تحقق الحياة عند تمام الولادة : لا يكفى لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وإنما ينبغي - فضلا عن ذلك - تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة . فالمبرة فى ابتداء الشخصية إذن ، تكون بتوافر الحياة فى المولود لحظة واحدة هى لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة . ومن الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها : البكاء والصراخ والشهيق . فإن لم يظهر شيء من هذه الأعراض ، كان للقاضى الاستهداء برأى أهل الخبرة من الأطباء لتعزيز مدى تحقق حياة المولود وقت تمام الانفصال .

وهذا الحكم الذى يأخذ به القانون المصرى من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة فى المولود لحظة تمام الانفصال ، يفضل الحكم الذى يأخذ به القانون الفرنسى من اشتراط قابلية المولود للحياة *viabilité* فضلا عن ذلك ، إذ من السبيل فى العمل التثبت من هذه القابلية مما يفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

فإذا انفصل المولود إذن عن أمه انفصالا تاما وهو حي ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة . وأما إذا ولد ميتا أى وقع موته قبل تمام انفصاله ، لم تثبت له شخصية أصلا ، سواء كان موته طبيعيا أو بفعل فاعل .

وتثبت واقعة الميلاد بالقييد فى السجلات الرسمية المصدرة لذلك (١)

---

(١) ينظم هذا القيد فى مصر القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية ( أنظر فى شرح أحكام هذا القانون عموما : عبد الحميد البدرى ، الرجس السابق ، فقرات ٤٢٨ - ٤٤٥ ، ص ٦٥٩ - ٦٧٨ ) .

ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من هذا القيد .  
ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة في اثبات واقعة الميلاد ، اذ يقتصر دور الموظف المختص على مجرد قيد ما يقدم اليه دون التحقق من مضمونه ، فيظل اثبات واقعة الميلاد - وهي واقعة مادية - جائزا بكافة الطرق ( م ٢/٣٠ مدني ) . ولكن اثبات ما يتفرع عن هذه الواقعة من نسب ، يخضع لقواعد الأحوال الشخصية (١) .

### ٣٦٤ - مركز الجنين أو الحمل

إذا كان الأصل هو ابتداء شخصية الإنسان بولادته حيا على النحو السالف بيانه ، فخروجاً على ذلك يثبت القانون من قبل الولادة بعض الحقوق للجنين أو الحمل ، وإلى هذا أشارت المادة ٢/٢٩ من التفتين المدني بقولها « حقوق الحمل المستكن يعينها القانون » . فيثبت له فضلاً عن النسب ، الحق في الادرث (٢) وفي الوصية (٣) وفي الافادة من الاشتراط لمصلحته (٤) .

ولما كانت الحقوق المتقدمة لا يتوقف ثبوتها على القبول ، فقد استخلص بعض الفقهاء من ذلك أنه ليست للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التي يتوقف ثبوتها على القبول ، ولذلك ذهبوا الى عدم جواز الهبة للجنين لأنها تنعقد بإيجاب وقبول (٥) .

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية انما تبتدىء بالولادة ، فلا يوجد للجنين ولي يملك القبول عنه . ولكن طالما أن المشرع المصري أصبح يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن (٦) فليس ما يبرر حرمان الحمل مما قد

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢١ .

(٢) م ٢ و ٤٢ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٣) م ٣٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٤) م ١٥٦ مدني .

(٥) عبد الحى حجازي ، ص ٩٥ و ٩٦ ( انباش ) و ٩٩ - شمس الوكيل - ص ٣٩ .

محمد سامي مدكور ، ص ٤٣ و ٤٤ - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨ ، ص ٦٠ - محمد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٥ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٠٢ -

عبد المنعم البهراوى ، ص ٥٤٤ - ٥٤٦ .

(٦) م ١/٢٨ و ٢ و م ٢٩ من قانون الولاية على المال لسنة ١٩٥٢ .

يوهب له يدعوى توقف الهيئة على القبول ، اذ يملك هذا الوصي حينئذ - بمقتضى ولايته عليه - القبول عنه<sup>(١)</sup> . وعلى هذا النحو ، يمكن تحديد صلاحية الجنين أو الحمل لاكتساب الحقوق ، فى القانون المصرى ، بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وما لا يتطلبه ، اذ فى حال تطلب القبول يملكه الولي أو الوصي نيابة عنه .

وبذلك تكون للحمل قبل الولادة شخصية خروجاً على الأصل ، ولكنها شخصية لا تعطيه الا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة<sup>(٢)</sup> ، لاقتصار صلاحيته أصلاً على اكتساب ما ينفعه نفعا محضاً من حقوق<sup>(٣)</sup> . غير أن هذه الشخصية غير باقة ، لتوقف استقرارها نهائياً على ولادته حياً . وبذلك فالشخصية والحقوق التى تنبت للحمل صلاحية اكتسابها قبل ميلاده . تكون معلقة على تحقق ولادته حياً ، بحيث اذا ولد حياً اعتبر شخصاً وصاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل<sup>(٤)</sup> ، واذا ولد ميتاً فكأنه لم يكن ولم تقرّر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الأصل ويورد كذلك الشيء الموهوب الى الواهب .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٢ و ٧٢٤ .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

شفيق شحاته ، فقرة ٤٨ - اسماعيل غانم ، ص ١٥٦ و ١٥٧ .

(٢) انظر مع ذلك فيما ينهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية وهذه الوجوب . من القول بأن شخصية الحمل كذلك ناقصة : عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٥٧ - محمد سامى مدكور ، ص ٤٣ - جميل الشرقاوى ، ص ٦٦ - عبد الفتاح عبد الجبى ، ص ٦١ - عد النعم البدرأوى ، فقرة ٣٤٨ ، ص ٥٤٦ .

(٣) وتشمل كذلك ما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له . كذلك الناشئة عن ادارة أمواله أو بسببها ( فى هسما المعنى : سليمان عرقس ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٢٨٢ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٥ ) .

(٤) يراعى أن اعطاء الجنين أو الحمل شخصية على هذا النحو وتأكيدا بولادته حياً على أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك فى صحة الأصل المقرر من أن شخصية الانسان لا تبدأ الا منذ ولادته حياً ( انظر فى هذا المعنى : مصطفى أحمد الزرق ، نظرة عامة فى الحق والالتزام ، ١٩٤٨ ، فقرة ١٠٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ ، مشار اليه فى : عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، ج ١ ، ١٩٦٠ ، هامش ٤١٥ ص ٤٢٢ - منصور مصطفى منصور ، مذكرات غير مطبوعة فى نظرية الحق ١٩٥٦ - كتابنا سالف الذكر ص ٧٢٦ . اذ ما دامت الشخصية فى جرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام أياً كان سوى هذه الصلاحية ، وكان القانون يثبت ..

## المطلب الثاني نهاية الشخصية

إذا كانت شخصية الإنسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك أنها لا تنتهي إلا بالموت . غير أن ثمة أحوالا قد يعطى الشك فيها وجود الإنسان بحيث لا تعلم حياته من مياته كما هو الشأن في المفقود ، فإن غلب احتمال موته على احتمال حياته ، جاز - رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقي - الحكم باعتباره ميتا وانتهاء شخصيته بالتالي . فكان شخصية الإنسان إذن لا تنتهي في الأصل إلا بالموت الحقيقي ، ولكنها - استثناء - يمكن أن تنتهي كذلك بالموت المحكى أو التقديرى .

### ( ١ ) نهاية الشخصية بالموت الحقيقي

٢٦٥ - انتهاء الشخصية بالموت وعدم امتدادها بعده إلى حين الفراغ من تصفية التركة

إذا كانت الشخصية تلازم الإنسان في حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها وعن موته ، ولذلك تنقضى المادة ١/٢٩ من التقنين المدنى بأن شخصية الإنسان « تنتهى بموته » . وواقعة الموت - كواقعة الميلاد - تثبت بالقيد فى السجلات الرسمية المدة لذلك ، ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة

---

= للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، لأن تحقق ولادته حيا لا يبعد إذن بداية شخصيته لدى مبتدأه منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدئة من قبل استقرارها بانتهاءها .

ولكن لتحقيق هذه الولاية اثرها علما آخر ، هو اعتباره بداية لاتساع احملية وجوب الإنسان بدء ما كانت عليه من قصور وتقصان وقت الحمل . فكانت تلك الولاية حيا شرط المدة لاستقرار ما كان ثابتا للإنسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى هذه الشخصية أو احملية الوجوب والخروج بها من دور التصور والظهور . ولذلك قد يكون من الأصح القول بأن شخصية الإنسان تبدأ منذ الحمل . ولكنها لا تصبح باتة إلا بولادته ، وأن احملية وجوبه تكون ناقصة وقت الحمل ، ولا يبيما اتساعها إلا منذ الولادة ( قلن مع ذلك : عدنان القزالي : المرجع السابق ، هامش ١٤ ص ٤٢٢ - ٤٢٥ ) . وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأحملية الوجوب ( راجع سابقا ، فقرة ٢٥٩ ) ، فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لا تبتدى احملية الوجوب المتفرقة عنها فى الاتساع إلا بالولادة مع تحقق الحياة .

رسمية من هذا القيد . ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة في اثبات واقعة الموت ، فيظل اثباتها ممكنا بكافة الطرق ( م ٢/٣٠ مدني ) .

وإذا كانت الشخصية تنتهي بالموت على هذا النحو ، فإن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية<sup>(١)</sup> كانوا يذهبون الى ابقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفي ، وبهذا المعنى كانوا يؤولون القاعدة الشرعية المعروفة « لا تركة الا بعد سداد الديون » . وما يزال هذا الرأي يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء المعاصرين<sup>(٢)</sup> . وهم يستندونه - كما كان يفعل الحنفية - بقوله تعالى في أكثر آيات الموارث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصي بها أو دين » . ويستندونه - فضلا عن ذلك - بسند من النصوص الوضعية التي تقضى بأولوية الوفاء بالتزامات التركة ثم توزيع الباقي بعد ذلك على الورثة ( ٨٩٩ مدني ) ، مما يعني عندهم أنه لا تملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب - والتركة بحقوقها وديونها لا تكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد - ضرورة اعتبارها على ملك المتوفي نفسه ، وهو ما لا يتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته .

ولكن هذا الرأي يخالف صريح نص المشرع المصري على أن « شخصية الإنسان ... تنتهي بموته »<sup>(٣)</sup> ، وعلى أنه « يستحق الارث بموت

(١) راجع في ذلك :

أحمد إبراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ص ٢٧٠ - على الخفيف ، مدى تعلق الحقوق بالتركة ، المربع السابق ، ص ١٢ ، ص ١٥٧ وما بعدها - محمد كامل مرسي ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرات ٩٤ و ٩٥ - عمر عبد الله ، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠ - ٣٢ - حسن كبره ، دروس في الحقوق المدنية الأصلية ، أحكامها ومصادرها ( على الآلة الناسخة ) ، ج ٢ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٥٥ - ٢٥٧ .

(٢) عبد الحميد فرج الصدة ، فقرة ٤٥٠ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٢٥ .

(٣) م ١/٢٩ مدني .

الموثر ، (١) • فضلا عن مخالفة النصوص الوضعية على هذا النحو ، يقوم هذا الرأي على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم موته • وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى هذا الافتراض الصارخ في مخالفة الطبيعة والقانون ، لأن الفرض من هذا الافتراض - وهو حفظ حقوق دائي المتوفي وتحديد مسئولية الوارث عما تركه المتوفي • في ديون - يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعي يعني عن هذا الطريق الافتراضى • وقد سبقت الإشارة الى هذا الطريق ، عندما قلنا انه بوفاة الشخص تنقضي شخصيته فتزول ذمته - بحقوقها وديونها - الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بذمته الأصلية • بحيث تخصص هذه الذمة الموروثة - رغم اسنادها الى الوارث - بفرض معين هو تصنيفها بسداد ديونها من حقوقها •

وليس في استناد هذا الرأي أخيرا الى الآية الكريمة والنص التشريعي الذي يقيد عدم توزيع شيء من التركة على الورثة الا بعد الوفاة بالتزاماتها ما يعززه (٢) ، اذ هو يحملها ما لا يقصدان • فليس المقصد مما يقرانه من أنه لا تركة الا بعد سداد الديون • أنه لا ملكية للوارث الا بعد هذا السداد ، وبالتالي تبقى شخصية المتوفي قائمة بعد وفاته وذمته مستندة اليه حتى هذا السداد • وانما المقصد منها فحسب أن لا ملكية خالصة للوارث الا بعد سداد الديون • ويعنى ذلك أن الوارث وإن كان يملك أعيان التركة فور وفاة المورث لاستحالة اعتبارها على ملكه نظرا لانقضاء شخصيته بالوفاة • الا أن هذه الأعيان تظل مشفولة بما لدائى المتوفي من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصا نهائيا كاملا الا بعد تخلصها مما ينقلها من هذه

---

(١) المادة الأولى من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢ •

(٢) ونص المادة ٨٩٩ مدنى المذكور لم يرد الا بعد نظم الصفة الصناعية التى يتوزع له المصطفى كل شئ من التركة وتكون كل أعيان التركة وأموالها موضوعة في فترة التصفية تحت يده لا تحت يد الورثة ولم يقاتل على ملكيتهم • ولذلك يكون مفهومها أنه فريضة المصطفى من الوفاة بديون التركة من أموالها الموجودة تحت يده أن يصبح المتبقى من حصة الأموال حصة خالصة يزول الى الورثة بحيث يجب على المصطفى تسليمه الى أصحابه • وهذا ما دعا المشرع الى وضع النص المذكور تحت عنوان « تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال » ( انظر : دروسنا سالفة الذكر ، ج ٢ ، ص ٢٦٠ ) •

( م ٣٤ - المختل الى القانون •

الديون . وهذا مصداق ما قلناه من انقضاء شخصية المورث بالموت ، وأبطلولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورفض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأي الذي يذهب اليه كثير من فقهاء الشريعة الإسلامية (١) ، ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصري (٢) اليوم .

وعلى ذلك نخلص مما تقدم الى أن شخصية الإنسان تنتهي حتما بموته ، فلا تمتد - ولو امتداداً اعتبارياً - بعد هذا الحد .

### ( ٢ ) نهاية الشخصية بالموت الحكمي او التقديرى

إذا كان الأصل أن الشخصية تنتهي بانسواء المقتضى اليقيني ، إلا أن ضرورات العمل في بعض الأحوال التي يفقد فيها الشخص دون أن يكون في الإمكان إقامة الدليل على موته - رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته - تفرض الحكم باعتباره ميتاً أو أصلاً قرر بذلك ، وانتهاء شخصيته بالتالى ، ولكن هذا الحكم أو القرار قد ينقضه من بعد ظهور حياة المفقود.

(١) انظر في الانتقاة أن رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنبلية :

أحمد إبراهيم ، الثقافة السابقة ، ص ٣٧١ وما بعدها - محمد كامل مرس - المرجع السابق - فقرة ٩٦ - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٢ و ٣٣ - دروسنا مسأله الذكر ، ج ٢ ، ص ٢٥٦ .

ويستند هؤلاء الفقهاء الى حديث « من ترك مالا أو حقاً فثورته » . والى أن الموت سبب للتوريث وانقضاء ملكية أمين الشركة الى الورثة ، فيجب أن تتحقق هذه النتيجة فور حدوث السبب أى فور الوفاة . إذ الأمور لا تتراخى عن أسبابها ، والى أن تعلق الدين بفك لا يزال الملك كما هو الشأن في حق الدين الراهن والمدين للملك .

(٢) شفيق شحاتة ، فقرة ٥٢ - محمد سليم مدكور ، ص ٢٩ - اسماعيل عامر ، ص ١٥٧ - محمد علي عرفة ، أساليب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرة ٣٦١ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ٤ ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٩٢ ، ص ٣٥٥ - عبد الله المبرلوى ، فقرة ٢٥٠ ، ص ٥٤٨ - كاتينا سالف الذكر ، ص ٧٢٩ و ٧٣٠ - وودروستا ( على الحالة الناضجة ) في مصادر الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦٤ ، ص ٣٣ - ٣٧ .

وقادى مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء - مع رفضهم القول بامتداد شخصية المتوفى بعد وفاته - من اعتبر الشركة شخصاً متوحداً يمتلك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تمسك : عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٣٩ ( انظر في مناقشة هذا الرأي ورفضه : كاتينا سالف الذكر ، عطف ٢٥ ، ص ٧٣٠ ) .



فترض فيما يلى للحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا موتا حكما أو تقديريا .  
ولأثر هذا الحكم أو القرار ، لم لما قد يحدث بعده فى بعض الأحوال من ظهور حياة المفقود .

#### ٢٦٦ - الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانتهاء شخصيته انهاءا تقديريا

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذى انقطعت اخباره ، فلا يدرى مكانه ولا تعلم حياته من مماته . فهذا الشخص قد يظل احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن اقامة دليل يقينى على موته ، فلا يكون من الصالح ترك أمره معلقا وشخصيته مستدة الى ما لا نهاية ، بل يجب حسم مركزه الفاضل بالترخيص للقاضي فى الأصل أو للجهة الادارية المختصة استثناءا باعتباره ميتا ، بحيث تنقضى شخصيته بالموت التقديرى لا بالموت الحقيقى خلافا للأصل فى انتهاء الشخصية .

وقد أخذ المشرع المصرى بذلك ، فأحال فى المادة ٣٢ من التقنين المدنى فى شأن المفقود على الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية . والواقع أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - وهو مأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية دون تقييد بمذهب بعينه من مذاهبه (١) - سبق أن نظم أحكام المفقود : إذ كان ينحل للقاضي الحكم بموت المفقود اعتباريا بعد أربع سنين من تاريخ الفقد إذا كان الفقد فى ظروف يطلب فيها الهلاك ، وكان يفرض القاضي فى تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدا فى غير ذلك من الأحوال (م ٢١) . وقد عدل المشرع أخيراً هذا النص بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ الذى حول الجهة الادارية المختصة استثناءاً سلطة تقرير اعتبار المفقود ميتا بعد مضي سنة على الفقد فى بعض حالات محددة من أحوال الفقد فى ظروف يطلب فيها الهلاك . وعلى هذا النحو ، بقي الامكان انهاء شخصية المفقود - رغم علم الثيقن من موته - بحكم قضائى فى الأصل ( أو بقرار ادارى استثناءا ) يصدر باعتباره ميتا موتا تقديريا فى حلتين :

( ١ ) حالة غلبة الهلاك : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف يندب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد فى حرب أو كارثة كزلزال أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك

(١) انظر كتابنا سابق الذكر ، متن من ٧٣٩ . وطبعت ١٩٧٥ و ١٩٧٦ من ٧٣٩ - ٧٣٢ .

- اذا ترجع بمضى أربع سنوات على العقد - أمانة وقرينة على وفاة المفقود ، فيكون للقاضي أخفا بهذه القرينة القانونية - بناء على طلب ذوي الشأن ، وبعد التحرى بجميع الطرق الممكنة - الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضي هذه المدة .

وإذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات على الفقد في حال غلبه الهلاك ، فاستثناء من ذلك يخول المشرع لرئيس مجلس الوزراء سلطة إصدار قرار باعتبار المفقودين موتي بعد مضي سنة من تاريخ الفقد في إحدى حالتين : حالة من كانوا موجودين على ظهر سفينة غرقت ، وحالة من كانوا موجودين على متن طائرة سقطت . وكذلك يخول المشرع لوزير الدفاع سلطة إصدار قرار باعتبار المفقودين من أفراد القوات المسلحة موتي بعد مضي سنة من تاريخ الفقد إذا كان قد قدم أثناء العمليات الحربية (١) (م ٢/٢١ و ٣٠ ممدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢) . والاستثناء في هذه الأحوال ذو شقين : فهو أولاً استثناء من السلطة الأصلية التي تملك اعتبار المفقود ميتا ، إذ تولي سلطة القاضي الأصلية في ذلك إلى الجهة الإدارية المختصة وهي رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال . وهو ثانياً استثناء من المدة الأصلية التي يمكن اعتبار المفقود ميتا بعدها في أحوال غلبه الهلاك ، إذ بدلا من الأربع سنوات الأصلية التي لا يجوز الحكم باعتبار المفقود ميتا إلا بمضيها ، تصبح المدة سنة واحدة من تاريخ الفقد (٢) . وأحوال الفقد التي ورد بشأنها الاستثناء أحوال محددة محصورة ، فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها حسب ما يقتضي به أصول التفسير للتصوص الاستثنائية الواردة على خلاف الأصل . وكذلك فإن سلطة الاستثناء محصورة في رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال فلا يجوز لأحد آخر غيرهما إصدار الاستثناء . وعلى أي حال ، قد قصد المشرع بالاستثناء - وأحواله المحددة المحصورة لاحتتمل التردد في اعتبار المفقود فيها ميتا - حسم الأمور وعدم تركها معلقة مدة طويلة ، وذلك على نحو يوفر حماية ضالة وسعة لحقوق أهل المفقود وذوي الشأن .

(١) كان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، المعدل للملحقين ٢١ و ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر ذات السلطة لوزير الحرية ( حينذاك ) ولكن بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقد .

(٢) يجرى السؤال عن مدى السريان الزمني لحكم الاستثناء الذي أمضاه القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ في شأن حالات الفقد المشمولة بالاستثناء التي وقعت قبل نفاذ القانون المذكور . وقد وضع هذا القانون حكما ونقيا في هذا الشأن ، فبني فيه بأن تسري أحكامه على من سبق فقد في أي من الحالات المستثناة وبني على هذا الفقد سنة على الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون أي حسب السنة اجتزأ من تاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٩٢ .

وقد نص المشرع على أن قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع ، بحسب الأحوال ، يقوم - في أحوال الاستثناء المذكورة - مقام الحكم القضائي بموت المفقود (م ٣/٢١ معلقة) ، على أن يتم نشر القرار في الجريدة الرسمية ، ويترتب على القرار من تاريخ نشره ما يترتب على الحكم القضائي من آثار (م ٢٢ معلقة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢).

(٢) حالة عدم غلبة الهلاك : إذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف لا يخلب فيها هلاكه ، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ، ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من ماله ، فإن الأمر متروك إلى القاضي يستخلص من قرآن الأحوال المدة التي يرجح بانقضائها احتمال موت المفقود على احتمال حياته ، على أن لا تقل ( هذه المدة ) عن أربع سنوات (م ٣/٢١ معلقة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢) (١) ، وهي المدة الدنيا التي لا يجوز الحكم قضائيا بموت المفقود قبل فواتها في حالة غلبة الهلاك ، وذلك بعد التحري بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى تعرف مصيره.

#### ٢٦٧- أثر الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا

إذا حكم باعتبار المفقود ميتا ، أو صدر قرار بذلك وتم نشره ، فإن المفقود يأخذ في الأصل اعتبارا حكم الميت موتا حقيقيا وتنتهي شخصيته بالتالي من تاريخ صدور هذا الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية. ولكن هذا الأصل غير مطلق ، بل يرد عليه استثناء يقضي باعتبار المفقود ميتا - في حالة معينة - من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار. فنعرض لبيان الأصل والاستثناء فيما يلي :

(١) اعتبار المفقود في الأصل ميتا من تاريخ الحكم أو نشر القرار : الأصل أن الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا حكم أو قرار منشؤه لهذا الموت الاحباري وليس كاشفا له. ولذلك فإن ثمره من إنهاء شخصية المفقود ومطلته معاملة الميت الحقيقي ، لا يحق إلا من تاريخ الحكم أو تاريخ نشر القرار وليس قبله. ونفرض عن ذلك تبيان هاتين : هما :

(١) تظل شخصية المفقود قائمة قبل صدور الحكم أو نشر القرار باعتبار ميتا ، ولكنها تكون شخصية احتمالية ، فبحال في الفترة من تاريخ الفقد إلى صدور الحكم أو نشر القرار على هذا الأساس. تبقى أمواله على ملكه ، ولكن يمين وكيل أو

(١) كان خلافا ما رجحه قبل صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ رغم عدم صريح المشرع بذلك حيث أنه

قيم للمحافظة عليها وإدارتها وتولى شئونه ( م ٧٤ - ٧٦ من قانون الولاية على المال ) . وتظل زوجته على حكم الزواج منه ، إلا أن يقضى القاضي - بناء على طلبها - بالتطليق أو التفريق (١) لتضررها من غيبته . ويوقف له نصيبه المستحق له من ميراث أو وصية ( م ٤٥ من قانون الميراث ) ، حتى يستبين مصيره .

(٢) تنتهي شخصية المفقود ابتداءً من تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتاً ، ويعامل من هذا التاريخ معاملة الميت موتاً حقيقياً . فتنتفى في الأصل الرابطة الزوجية التي تربطه بزوجته ، بحيث يحل لها الزواج من غيره (٢) بعد انقضاء عدة الوفاة (٣) . وتنتفع تركته ، وتوزع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية (٤) ، ولا شيء لمن مات منهم قبل الصدور أو النشر .

(٣) معاملة المفقود - استثناءً - معاملة الميت من تاريخ الفقد في شأن الموقوف له من ائو أو وصية : كان مقتضى الأصل المقرر ، وهو انتهاء شخصية المفقود واعتباره ميتاً من تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار بملك ، أن يدخل النصيب الموقوف له من ائو أو وصية - لاستحقاقه حال فقده - في تركته . . . وتوزع - كباقي أمواله - على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم أو نشر القرار . ولكن المشرع المصري يخرج على الأصل ، فيقرر رد هذا النصيب إلى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى (٥) ليوزع فيما بينهم . ويعني ذلك معاملة المفقود - في شأن هذا النصيب - كما لو كان ميتاً من تاريخ الفقد ، لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار بموته (٦) . ويبرر ذلك بأن حياة المفقود

(١) يحكم القاضي - بناء على طلب الزوجة - بالتطليق إذا غاب الزوج سنة أو أكثر بلا عذر مقبول . ولو كان له حل تستطيع الزوجة الإخلاق منه ( م ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ ) . أما لدى الأقباط الأرثوذكس المصريين ، فلا يحكم القاضي بالتطليق إلا باستمرار العجية خمس سنوات متوالية ( أنظر : توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لدى المسلمين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، ص ٨٤٢ - ٨٤٥ ) .

(٢) ما لم تمتنع قواعد الأحوال الشخصية لبعض الطوائف غير الإسلامية من ذلك .

(٣) م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٩ ، مجلة بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٢ .

(٤) م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ .

(٥) م ٤٥ من قانون الميراث لسنة ١٩٤٣ .

(٦) ولذلك يقال إن المفقود يعامل في فترة الفقد معاملة الميت في حق أو نال غيره أي في شأن الحقوق التي تضر غيره . على خلاف المقرر من معاملة معاملة الحي في حق نفسه أو ماله أي في شأن الحقوق التي تضره هو . ويختلف الحكم على هذا النحو المقرر في القانون المصري بوافق

طوال فترة الفقد ليست إلا مجرد حياة احتمالية ، لا تكفي لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره ، حيث الشرط لاستحقاق الإرث أو الوصية تحقق حياة الموارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى (٣) .

٢٦٨ - ظهور حياة المفقود

لما كان الحكم أو القرار بموت المفقود هو حكم أو قرار اعتيادي لا حقيقي ، بالأصل أن يسقط هذا الحكم أو القرار هو وقاره إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، لكن على أن لا يضر هذا السقوط بحقوق الغير ، وذلك على النحو الآتي :

( ١ ) في شأن الرابطة الزوجية : الأصل أنه إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فتعود زوجته إليه ، وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم أو القرار باعتباره ميتا ، ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم أو نشر القرار ، مما يوجب الرجوع بين حق الزوج الأول عليها وحق الزوج الثاني . وقد غلب المشرع المصري حق الزوج الثاني إذا كان حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، وقد وقع زواجه صحيحا بعد انقضاء عدة وفاة المفقود ، وتم بمقتضاء الدخول بزوجة المفقود فعلا ، بحيث إذا توافرت هذه الشروط لا تعود الزوجة إلى المفقود بعد ظهوره . إذ نصت المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه : إذا جاء المفقود أو لم يبق ، وتبين أنه حي ، فزوجته له ما لم يتزوج الثاني بها غير عالم بحياة الأول . فإن تمتع الثاني بها غير عالم بحياته ، كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول (٤) .

منصب الحنفية والمالكية . ولكننا نفضل رأى الشافعية والحنابلة في اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته في كل الأحوال . سواء بالنسبة لما يضره كإثبات الغيب منه أو لا يضره غيره . كإثباته من الغير . إذ من الواضح أن الأصل في الإنسان الحي استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس . سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقي ، أو دليلا حكيميا بالموت الاعتباري . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشأ لا كاشفا لوقته الاعتباري ، مما يوجب عدم من الأشياء قبل صدور الحكم وعدم احتسابه من الأوقات إلا من تاريخ صدوره ، دون تفرقة في ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده في شأن ما يضر غيره من الحقوق ، مناه قلب الأصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس . واعتلاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتأمل صفة كاشفة ليست له ( راجع في تفصيل هذه الانتقاد ، كتابنا سابق الذكر ، حاشي ٢٤٥ ص ٧٢٤ - ٧٢٥ ) .

(٢) عمر عبد الله . المرجع السابق . حاشي ص ٢٢٧ .

(١) أنظر مع ذلك في انتقاد هذا النص :

استدعاء غلبي . ص ١٦٠ .

ولكن اذا لم تتوافر الشروط التي يتطلبها المشرع لتغليب حق الزوج الثاني ، فنمود زوجة المفقود اليه . ويتحقق ذلك اذا وقع عقد الزواج الثاني في عدة الوفاة التقديرية للمفقود اذ يكون الزواج باطلا ، أو وقع بعد انقضاء المدة ولكن عاد المفقود قبل تمام الدخول اذ صلة الزوجية لم تنصر واقعية بعد ، أو وقع بعد انقضاء المدة وتم الدخول قبل عودة المفقود ولكن كان الدخول عن علم من الزوج الثاني بحياة المفقود اذ لا ينفعه . سوء قصده فيكون مردودا عليه .

( ٢ ) في شأن الأموال : اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فالأصل أن له استرداد أمواله التي وزعت على ورثته ، واسترداد النصيب الذي كان مستحقا له من اirt أو وصية والذي ارتد بعد الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا الي ورثة المورث أو الموصي . ولكن خروجنا على هذا الأصل ، يمتنع على المفقود استرداد ما استهلكه الورثة من هذه الأموال أو هذا النصيب أو ما تصرفوا فيه الى الغير ، فلا يكون له الا استرداد الباقي في أيديهم فحسب . وهذا الحكم الاستثنائي مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير ، فالورثة انما ملكوا أموال المفقود وأذنوا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعي هو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتا ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليه بالتالي (١) .

---

(١) في هذا المعنى :

عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . الطبعة الثانية ، ١٢٨ هـ ، ص ٢٦٢ - عر عبد الله . المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ٢٦٢ .

## المبحث الثاني

### مميزات الشخصية

#### ٢٦٩ - عهد وتقسيم

لشخصية الانسان علامات معينة تصاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره . وهذه العلامات أو المميزات يردها الفقه الى ثلاث : الحالة التي تحدد مركزه الاساسي بالنسبة الى الدولة والاسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم الذي يتيح التعرف على ذاته ، والوطن الذي يتيح العثور على مكانه .  
فنعرض لكل من هذه المميزات في مطلب على التوالي .

#### المطلب الأول

##### الحالة

L'état

#### ٢٧٠ - تحديد الحالة<sup>(١)</sup>

من أكثر الاصطلاحات القانونية ابهاماً وعموماً اصطلاح « الحالة » ،  
فالتعريفات الجارية له واسعة مرنة تسمح بصرفه الى مدلولات مختلفة بما  
يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الأفكار المشابهة أو المقاربة .

ولن ندخل في تفصيل هذه التعريفات ، أو أصل فكرة « الحالة » وتطورها  
القانوني<sup>(٢)</sup> ، بل يكفي - في سبيل ضبط اصطلاح « الحالة » وتحديد مدلوله -

(١) انظر في ذلك بصفة خاصة :

Capitant, op. cit., No. 111. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 12. — Masséad, op. cit., t. I, No. 492. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 325.

(٢) انظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٧ و ٧٢٨ .

الابتداء بالمسلم في الفقه من حصر نطاقه في المركز الوطني أو السياسي والمركز العائلي أساسا والمركز الديني أحيانا ، ثم ملاحظة أمرين في شأنه : الأول ، أن هذه المراكز تنشأ للإنسان وتحدد بال ميلاد منذ ابتداء الشخصية ، مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها - رغم ما قد يطرأ على عناصرها من تغيير - ملازمة للشخصية طوال امتدادها (١) . والثاني ، أن اهتمام افغانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا في جماعة سياسية نظامية هي الدولة وجماعة عائلية هي الأسرة وأحيانا في جماعة أو مجموعة دينية كالجماعة أو المجموعة الإسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل هذه الجماعات أو المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعومات المجتمع ، بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء لتحديد حقوقه أو التزاماته من بعد على ضوء ذلك . ومن هنا نستطيع تحديد الحالة بأنها ما يلزم الشخصية من مركز للفرد كعضو في الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الأساسية (٢) . وهو ما يجعل منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالاتهم . وعلى هذا النحو ، تتيج الحالة تحديد مدى أهلية وجوب الفرد ضيقا أو اتساعا ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية الوجوب (٣) واعتبار الثانية مؤسسة على الأولى ومحددة بها . وأما أهلية الأداء فتحدها كما سنرى عناصر - كالعقل والإرادة - لا شأن لها بالحالة ولا تأثير لها عليها في الأصل (٤) .

وإذا كانت الحالة تعنى المركز الملازم للفرد باعتباره عضوا في جماعة أو

---

(١) في هذا المعنى :

Anbry et Rau, t. I, No. 32, p. 303. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 23, 14. — Capitant, No. 111, p. 134.

(٢) كتابنا سابق الذكر ، ص ٧٣٦ .

(٣) انظر في ذلك :

Anbry et Rau, t. I, No. 32, p. 304, note (3) — Capitant, p. 132, note (30).

(٤) في هذا المعنى :

Jousserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.



مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية ، فإن نطاق الحالة قد يتفاوت اذن بتفاوت النظر الى هذه القيمة ونسبيتها في الشرائع المختلفة . ولذلك كانت الحالة في القانون الروماني تشمل مركز الفرد من الحرية بانتدائه الى مجموعة الاحرار أو الأرقاء ، وهي تشمل حتى في بعض الشرائع الحديثة المركز العنصري للأفراد بانتدائهم الى مجموعة جنس من الأجناس (١) . ولكن الانتماء الى مجموعة الدولة والأسرة كان دائما من عناصر اخالة في مختلف الشرائع ، ويعتبر القانون المصري - بالإضافة الى ذلك - الانتماء الى الدين من هذه العناصر . فنعرض لهذه العناصر الثلاثة فيما يلي :

### ( ١ ) الحالة السياسية او الجنسية

#### ٢٧١ - أهمية الحالة السياسية

يقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها - كعضو من أعضائها - برابطة التبعية والولاء او ما يسمى الجنسية *La nationalité* .

وللحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانوني . فالأصل أن الأجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون ، ويعفون من بعض الواجبات التي تقع على كاهل الوطنيين . فليس للأجانب مثلا حق التمتع بالحقوق السياسية ، كحق الترشيح أو الانتخاب في المجالس النيابية ، وحق تولي الوظائف العامة . وهم يعفون مثلا من أداء واجب الخدمة العسكرية الذي يلزم به الوطنيون وحدهم . وحتى فيما يتعلق بالحقوق المدنية ، قد يضيق مدى تمتع الأجانب بها ومدى نشاطهم القانوني عما يكون مسموحا به للوطنيين في شأنها . فكثير من التشريعات تحرم الأجانب من حق تملك العقارات عامة أو الأراضي الزراعية خاصة ، أو تحظر عليهم امتهان مهن حرة معينة كالطب والمحاماة . غير أنه ينبغي أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسية أو

---

(١) Colin, Capitiant et De la Morandière, t. I, p. 123, note (2) — Meunier, t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 206.

الجنسية بين الأشخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضرورية في الحياة ، فيوجد حد أدنى من الحريات والحقوق - هي عادة الحريات العامة أو الحقوق الطبيعية بشخصية الانسان وكل الحقوق اللازمة للحياة الطبيعية العادية - تقضى قواعد القانون الدولي العام بوجوب توفيرها وكفالتها للأجانب .

### ٢٧٢ - الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة<sup>(١)</sup>

والحالة السياسية أو الجنسية ، اما أصيلة أو أصلية للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبة أو طارئة تثبت لشخص من بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد .

أما الجنسية الأصلية ، فاما أن تفرض على أساس رابطة أو حق انتم (Jus sanguinis) ، واما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الاقليم (Jus soli) . بمعنى فرض الجنسية على أساس رابطة الدم ، اعطاء الوند جنسية أبيه أساسا أو جنسية أمه أحيانا . ومعنى فرضها على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولة لمن يولد على اقليمها . وظاهر إن الأساس الأول القائم على وحدة الأصل هو الطبيعي والأقوى بالقياس الى الأساس الثاني القائم على وحدة الاقليم ، ولذلك فإن الالتجاء الى الأساس الثاني في فرض الجنسية الأصلية يكون عادة في الدول التي لا يسمحها أساس وحدة الأصل في تكثير رعاياها .

ونأخذ المشرع المصري كمساعدة عامة برابطة أو حق الدم كأساس لفرض الجنسية، بحيث يخر مصرها كل من ولد لأب مصري ( م ٢ / ١ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ ) . وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده داخل مصر أو خارجها ، ولكنه يأخذ في حالات خاصة برابطة أو حق الاقليم، فيقرر مثلا اعطاء جنسية الدولة لمن يولد في مصر من

(١) راجع في ذلك جفة خاصة :

أبين مجهولين ، ويحظر التلقيح في مصر مولودا فيها ما لم يثبت العكس ( م ١ / ٢ من قانون الجنسية ) .

وأما الجنسية الطوارقة بعد الميلاد ولغير سببه ، فهي التي تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس . فكثير من الشرائع يقر اكتساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها لما اكتسابها مطلقاً أو مشروطاً ، وأخذ القانون المصري بفكرة الاكتساب المشروط ( م ٧ من قانون الجنسية ) . ويصح كل الشرائع . ومن بينها القانون المصري جواز منح الجنسية إلى الأجانب بناء على طلبهم إذا توافرت شروط معينة . فيكتسبونها إذن بالتجنس ( م ٤ و ٥ من قانون الجنسية ) . ولكن الفسالب أن لا يتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضها - وخاصة الحقوق السياسية - طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشأن فيمن يكتسب الجنسية بالزواج ( م ٩ من قانون الجنسية ) .

#### ( ٢ ) الحالة العائلية أو القرابة

يقصد بالحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة كمضو فيها تربطه بساقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل ، وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة

#### ٢٧٣ - قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك ( م ٣٤ مدني ) سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش . والقرابة المباشرة هي التي تقوم على تسلسل عمودي بين من يجمعهم وحدة الدم ، أي هي : الصلة ما بين الأصول والفروع . ( م ١ / ٢٥ مدني ) . أما قرابة الحواشي ، فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودي بينهم ، أي دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر ( م ٢ / ٢٥ مدني ) . وعلى ذلك فالقرابة بين كل من الابن والأب ( أو الأم ) والجد قرابة مباشرة . إذ الأول فرع للثاني ، والثاني فرع للثالث . بينما تعتبر قرابة حواش : القرابة بين الأخ وأخيه ، وبين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته ، أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله وخالاته ،

فانه ان كان هناك أصل مشترك يجمعهم . الا أنه ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر .

ويراعى في حساب درجات القرابة بتوعبها وجوب اسقاط الأصل أو الأصل المشترك ( على حسب الاحوال ) دائماً ، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة ( م ٢٨ مدنى ) (١) . ففي القرابة المباشرة ، يعتبر الابن في الدرجة الأولى من القرابة لأبيه أو لأمه ، لأن الابن فرع وحده درجة والآب أو الأم أصل فلا يحسب درجة ، وكذلك يعتبر ابن الابن في الدرجة الثانية من القرابة لجد ( أو جدته ) ، اذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ، ولا يحسب الجد ( أو الجدة ) باعتباره أصلاً . وفي قرابة الحواشي يعتبر الأخ في الدرجة الثانية لأخيه . اذ هو درجة باعتباره فرعاً ، والآب لا يحسب درجة لانه الأصل المشترك بين الأخوين ، والآخ الآخر يحسب درجة لانه فرع . وكذلك يعتبر ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة : فهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم الجسد ولا يحسب درجة لانه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم ينزل الى الأب من ناحية الفرع الآخر فنحسبه درجة ، ثم ابنه فيحسب درجة كذلك ، فتلك اذن أربع درجات .

#### ٢٧٤ - قرابة المصاهرة

ينشأ الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر ( م ٢٧ مدنى ) ، ولكن دون أن تمتد هذه القرابة لتربط كذلك بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج . وفي حساب درجة هذه القرابة ، تكون المبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الآخر في نفس درجة القرابة - ولكن بسبب المصاهرة - لهؤلاء الأقارب - ومن هنا ، فأخو الزوجة

(١) والحساب بهذه الكيفية هو نفس ما كانت تأخذ به محكمة النقض المصرية في ظل القانون القديم رغم عدم وجود نص في هذا الشأن . ( نقض ١٢ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ص ٤٥٧ ) . وهو يتفق كذلك مع المقرر في القانون الفرنسي ، انظر : Carboneur, Droit civil, t. I, 1902, No. 197. pp. 608 - 609.

قرب من الدرجة الثانية بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ، وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة ، وهكذا ...

#### ٢٧٥ - أهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، في تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية - بحسب مركزه في الأسرة - قبل باقى أعضائها .  
فيوصفه أبا ، تجب عليه النفقة لأولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية .  
ويوصفه ابنا ، عليه واجب الخضوع للسلطة الأبوية وله على الأب حق التربية والنفقة .  
وبصفته زوجا ، عليه واجب الانساق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة وأحيانا حق الطلاق .  
ويوصف الشخص زوجة ، عليها واجب الطاعة للزوج والقرار في بيت الزوجية ولها حق المهر والنفقة .  
ويوصف الشخص أما أو جدة أو أختا أو بنت أخت أو خالة أو أبا أو جدًا صحيحا أو أختا أو ابن أخ أو عما ، يكون له - حسب مراتب الأولوية المقررة - حق حضانة الصغير (١) .

وتبدو كذلك أهمية القرابة ودرجتها - سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة - واضحة في كثير من الأوضاع القانونية ، حين يمتد القانون بالقرابة فيحدد - على أساسها - من مدى حقوق الأفراد ونشاطهم القانوني .  
ومن أمثلة ذلك منع الأخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لفاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لفاية الدرجة الثانية ( م ٩٣٩ - ب مدني ) .  
وكذلك اعتبار القاضى - بعدا به عن مواطن الشبهات - غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها - ولو لم يرده أحد الخصوم - اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة في الدعوى القائمة ( م ١٤٦ مرافعات جديد ) .

---

(١) انظر في الحضانة وأصحابها ومرتباتهم في الشريعة الإسلامية :  
عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

وتبدو أهمية القرابة كذلك فى شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء ، سواء بسبب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة (١) .

- ولعل من أهم ما يترتب على القرابة الحق فى الإرث والحق فى النفقة .
- غير أنه يراعى أن هذين الحقين لا يترتبان عادة على أساس قرابة المصاهرة ، وإنما يترتبان على أساس قرابة النسب وصلة الزوجية .

### ( ٣ ) الحالة الدينية

#### ٢٧٦ - اعتماد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتماد استثنائى

قلنا ان الشرائع الحديثة فى مجموعها انما تنظر الى حالة الشخص السياسية والعائلية ، أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينة ، ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة . غير أن بعض القوانين الحديثة ، ومنها القانون المصرى ، ما زالت تنظر فضلا عن ذلك - فى حالات استثنائية - الى حالة الشخص الدينية من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة . ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية فى القديم من أهمية كبرى فى تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ كان الانتماء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء اليوم الى الدولة برباطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقام الحالة السياسية .

فالمبدأ المسلم اليوم فى القانون الحديث اذن هو احلال الحالة السياسية محل الحالة الدينية فى تحديد المركز القانونى للشخص واكتسابه للحقوق وتحمله بالالتزامات ، مما ينفى كل اثر لاختلاف الدين فى تحديد مدى اهلية الوجوب بين الوطنيين . غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه فى القانون المصرى بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ ما يزال سلطان الدين قويا فى نظر المجتمع المصرى . ولذلك يعطى هذا القانون للجماعات أو المجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة

---

(١) راجع فى المحرمات من النساء فى الشريعة الاسلامية :

عمر عبد الله - المرجع السابق ، ص ٩٢ - ٩٥ .

اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الأشخاص - على الأقل في نطاق محدود -  
بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه الجماعات أو المجموعات المختلفة .

فما زال المصريون مثلاً - كما سلف البيلان - يخضعون في بعض مسائل  
الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم  
القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب  
تفاوت الأديان بينهم . ومن ذلك ما تقرره الشريعة الإسلامية من عدم التوارث  
بين مسلم وغير مسلم . وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر  
من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من  
واحدة ، وما تحرمه الشريعة الإسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ،  
وما تبيحه لمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب . غير أن هذه كلها  
حالات استثنائية لا تلغى مبدأ العام المقرر في القانون المصري وهو تساوى  
الوطنيين جميعاً في الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية في المركز  
القانوني للشخص .

## المطلب الثاني

### الاسم<sup>(١)</sup>

#### Le Nom

#### ٢٧٧ - تعديد الاسم ، واهميته ، وطرق اكتسابه

قلنا ان كل انسان يتمتع بشخصية في نظر القانون . غير ان شخصية كل انسان يجب ان تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ، فمن صالح الجماعة ومن صالح الأشخاص أنفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامة للتمييز بين الأشخاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطه واشتباؤه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامة ان هي الا الاسم : فلكل شخص اذن اسم معين يعرف ويتميز به بين الأشخاص في الجماعة .

وحينما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذي يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصي معا ، ولا نقصد الاسم بالمعنى الضيق الذي يقتصر على الاسم الشخصي وحده<sup>(٢)</sup> . ويقصد عادة باللقب *Nom patronymique ou nom de famille* اسم الأسرة التي ينتمي اليها الشخص ، اذ يشترك في حمله جميع أفراد الأسرة . أما الاسم الشخصي *Prénom* فهو الذي يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب . وبذلك يكون الاسم -

(١) راجع في ذلك بقائمة :

Capitant, op. cit., Nos. 128-132. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9-16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 95 - 126, pp. 115 - 174. — Mazeaud, t. I, Nos. 531 - 568. — Marty et Reynaud, t. I, Nos. 944 - 968. — Ripert et Boulanger, t. I, Nos. 876 - 919.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٨٦ - ٢٩١ ، ص ٧٥٠ - ٧٦٩ .

(٢) انظر في استعمال المصطلح « الاسم » فقرة بعينها المعنى وقدرته في م ٢٨ و ٥١ مدني .



بالمعنى الواسع - علامة على الشخص وعلى الأسرة التي ينتمى إليها في نفس الوقت (١) .

والأصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه . ولكن جرى العرف منذ قديم في بعض الدول الغربية وخاصة في فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبها الأصلي الذي اكتسبته بالنسب (٢) . أما في مصر ، فلا يلحق لقب الشخص زوجته (٣) .

وفي مصر ، لم يكن شائعا وجود القاب تلحق الأشخاص ، وانما كان الأمر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا إليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده . من أجل ذلك - وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحة في التمييز بين الأشخاص - عنى التقنين المدني الحالي بفرض اتخاذ لقب إلى جانب الاسم الخاص على كل شخص ، بحيث لا يلحق هذا اللقب أولاده ( م ٢٨ مدني ) .

وإذا كان النسب هو الطريق الطبيعي لاكتساب الاسم فقد لا يكون هو الطريق الوحيد . ففي الشرائع التي تجيز نظام « التبني » يأخذ الولد المتبني لقب متبنيه . وكذلك فحيث يباح تغيير الاسم ، يوجد بذلك طريق أو مصدر آخر لاكتساب الاسم . بل وكذلك فإكتساب اللقباء مجهول الأبوين ما يطلق عليهم من أسماء لا يتأتى عن طريق النسب .

## ٢٧٨ - التكيف القانوني للاسم

اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحوا نظرتهم إليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر إلى الاسم باعتباره واجبا ، رأى

(١) في هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 128, p. 171.

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 110 - Marty et (٢)

Raynaud, op. t. I, No. 948.

(٣) كان المشروع الصهيوني للتقنين المصري الحالي ينص على أن لقب الشخص يلحق

زوجته . ولكن حذف هذا النص فلم يظهر في التقنين ، باعتبار أنه نظام غربي لم يتجوده

المصريون ( مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٧٨ و ٢٧٩ ) .

فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الأشخاص بفصصه المميز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا لاستقرار المعاملات في المجتمع . ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا ، اما كيفه بأنه حق ملكية واما كيفه بأنه حق من حقوق الشخصية .

وواضح أن الاختصار على النظر الى الاسم باعتباره مجرد واجب أو وسيلة الزامية لتمييز الأشخاص ونظاما للأمن المدني (institution de police) (١) ، وان كان يصير بما للدولة من صالح في فرض حمل اسم على كل شخص ، الا أنه يغفل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية في تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم ، تلك المصلحة التي تسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه (٢) .

ونما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضاة العاديين الفرنسي أساسا (٣) ، فهو وان كان يفضل النظر السابق بتغليب فكرة الحق في الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استلزام توافر ضرر محدد ، الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير . اذ لا يستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية ، طالما لا تتوافر فيه خصائصها ، بل تثبت له عكس هذه الخصائص تماما . فالشيء محل الملكية - على ما هو مسلم منذ قديم في الفقه - لا يكون الا ماديا ، بينما الاسم ليس الا شيئا معنويا . وحق الملكية من الحقوق المالية الداخلة في الفقة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلا للتفاد المكسب واعتبار الشيء محله داخلا في دائرة التعامل ، بينما حق الاسم - كما

---

(١) انظر في الاشارة الى أضرار هذا الرأي :

Nerson, thèse précitée, note (3), p. 36.

(٢) انظر في انتقاد اعتبار الاسم واجبا كظام للأمن المدني :

Capitant, No. 121, — Nerson, thèse précitée, No. 12. — Mameud, t. I, No. 361.

(٣) راجع في الاشارة الى أحكام هذا القضاء :

Nerson, thèse précitée, notes 7, 8, 9, p. 38.

هو مسلم - من الحقوق غير المالية الخارجة عن الفضة ، بحيث لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف فيه أو الزول عنه • ولا تشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه باليراث ، فاللقب يلحق الابن بالميلاد وقبل موت الأب بحيث يثبت لهما معا . نفس الحق عليه في آن واحد(١) •

وأمام التجاني بين حق الاسم وحق الملكية على هذا النحو . اتجه الفقه الحديث في مجموعه(٢) نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية • وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأييد ، اذا نظر الى الاسم ، من ناحية كونه حقا لصاحبه • فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم ، باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانه الذاتي المستقل ، وحدها العازل الفاصل بينها وبين ما تزخر به الحياة الاجتماعية من عديد الشخصيات المتميزة الأخرى • من أجل ذلك ، كان الاسم ملازما للشخصية ولصيقا بها ، بما يجعل حق الشخص عليه حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق(٣) •

غير أن تكييف الطبيعة القانونية للاسم على هذا الأساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة لا يقل أهمية عن الوجه المتقدم ، هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولة على الأشخاص مراعاة للصالح العام وتحقيقا لاستقرار وأمن المعاملات ، وهو الوجه الذي لم يعبه فيما رأينا الا اقتصار بعض الفقهاء عليه بوصفه الوجه الوحيد للاسم • ذلك أنه ما دامت

(١) راجع ، خاصة ، في انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكية :

Capitant, No. 131, p. 174. — Nerson, précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, t. I, No. 965, p. 1176.

(٢) انظر خاصة :

Capitant, No. 121. — Nerson, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, t. I, No. 965, p. 1177.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٢٥ • - شفيق شحاته ، فقرة ٤٧ • - عبد الحمى حجازي ، ص ٢٩ و ٣٠ • - شمس الدين الركيل ، ص ٣٦ • - اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ •

(٣) انظر سابقا ، ص ٤٥٤ •

الاسماء هي الحدود الفاصلة بين الأشخاص ، فان الاكتفاء باعتبارها مجرد حقوق قد يزعم هذه الحدود بكل ما يحمله ذلك من مخاطر تغيير الاسماء واختلاط الأشخاص والتحايل على القانون . فتشبيها لهذه الحدود وتأكيدها لاستقرارها ، ينبغي اعطاء الاسماء - فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحة الأشخاص أنفسهم - وصف الواجب المفروض كذلك على الأشخاص لصالح الدولة والمجموع .

ومن هنا نرى في الاسم طبيعة مزوجة مركبة ، فهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقسح على عاتق كل شخص من ناحية أخرى (١) . ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره - كما سنرى - في تحديد خصائصه .

#### ٢٧٩ - حماية الاسم

قد يقع اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أي وجه كان ، والمقصود بالمنازعة اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص في التسمي بالاسم الذي يحمله وفي استعماله اياه بالتالي ، أما الانتحال أو الادعاء فيقصد به تسمي الغير باسم شخص معين واستعماله اياه دون حق (٢) . فيثور التساؤل حينئذ عن كيفية حماية الاسم من مثل هذا الاعتداء .

(١) في هذا الصدد :

Jousserand, t. I, No. 219. — Planiol, Ripert et Savatier, *Ibid.* — Marty et Raynaud, t. I, No. 985. pp. 1176, 1178.

شفيق شحاته ، فقرة ٤٣ . - عبد الحميد فرج الصفة ، فقرة ٦٨ . - اسماعيل غانم ، الموضوع السابق . - عبد الحميد البدراري ، فقرة ٢٥٨ ، ص ٥٥٦ .

(٢) ولذلك يخرج من صيور الانتحال حالة تشابه الاسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله انما يكون مستعملا اسمه هو وبمقتضى حقه فيه ، فلا يبد منتحلا اسم الغير المتطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله . بل كل ما يملكه - اذا أراد توقي الخطأ - ان يضيف الى اسمه ما يميزه عن سمية . ولكن اذا كان هذا الأخير يستغل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر المادي أو المعنوي على الاول ، فيكون للضرر المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسئولية التصيرية ( انظر كتابنا مائلف الذكر ، ص ٦٦١ ) .

وقد كان من الطبيعي أن يجد الجدل حول التكييف القانوني للاسم صدها فيما يتعلق بحمايته . فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب أو نظام أمن مدني مفروض على الأفراد لا يجعل للاسم حماية الا في حال حقوق ضرر بصاحبه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا يجوز له - في حال تخلف الضرر - المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على اسمه . ولعل الرغبة في تفادي هذه النتيجة هي التي مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اسمه حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم - كما يتمكن المالك - من المطالبة برد ووقف أي اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى اثبات وقوع ضرر ناجم عن ذلك (١) . غير أن حق الملكية لا يصلح - كما سبق البيان - تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو في واقع الأمر حق من حقوق الشخصية . ولكن اعتباره كذلك يستتبع من حيث حمايته نفس الأثر الذي يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية حيث يمتد عليه دون توقف ، على أثبات ترتب ضرر محدد من جراء ذلك ، فحقوق الشخصية - كالحقوق عموما - مكفولة لذاتها في حال الاعتداء عليها ، اذ لأصحابها مصلحة ظاهرة تبرر المطالبة بوقف هذا الاعتداء ولو لم يترتب عليه ضرر محدد (٢) .

وعلى هذا النحو ، فوقوع الاعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه - أو انتحاله لنفسه معناه - والاسم هو علامة الشخصية المميزة - المساس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعرضها أو احتمال تعرضها للاختلاط بشخصها ، وهو ما يكفي - دون تحميل صاحب الاسم بعب اثبات ترتب ضرر محدد (٣) - لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتداء . وبالإضافة الى ذلك ، يبقى حقه قائما - اذا أثبت ترتب ضرر محدد - في المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد

---

(١) Ripert et Boulanger, t. I, No. 907. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 116, p. 144.

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

(٣) انظر في ذلك كتابنا سابق الذكر ، من وعاش «١» ص ٧٥٩ .

ومارتن : Mazeaud, t. I, No. 386

العاملة • وبذلك يجمع صاحب الاسم (١) وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال : الأولى ، هي المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تطبيق على وقوع ضرر محدد ، والثانية ، هي المطالبة بالتعويض وهذه لابد فيها من وقوع ضرر محدد من جراء المنازعة أو الانتحال •

وقد عني المشرع المصري بالنص صراحة على هاتين الويلتين في صدد حقوق الشخصية بعام (٢) والحق في الاسم بخاصة ( م ٥٠ و ٥١ مدني ) •

#### ٢٨٠ - خصائص الاسم

إذا كان للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى ، فإن كلا من هاتين الطبيعتين تسمح على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلي :

( ١ ) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية : يكتسب الاسم - باعتباره من حقوق الشخصية - صفات الشخصية ، وهي عدم القابلية للتصرف والتقدم •

#### ١ - عدم القابلية للتصرف (inaliénabilité ou indisponibilité)

ما دام الاسم يعتبر علامة للشخصية وسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعي أن يكون لصيقا بالشخص وأن يتمتع لذلك التصرف فيه - سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية - أو تخويل الغير حق

---

(١) يبدو أمم ما للاسم كلقب من طبيعة مزدوجة فردية وعائلية ، أنه يجب تخويل كل فرد من أفراد الأسرة على حدة حق المطالبة بحماية اللقب من أي منازعة أو انتحال من قبل الغير ، انظر : Capitulant, No. 122, p. 178 — Planiol, Ripert et Savatier, t. I. (٢) انظر : No. 114, pp. 145, 146. — Marty et Raynaud, t. I, No. 908, pp. 1177, 1178.

استعماله (١) . وهذه الخاصة التي يتصف بها الاسم تنفرع كذلك عن مبدأ ثاته وامتناع تغييره ببعض الإرادة المطلقة (٢) .

ولكن اذا كان مبدأ امتناع التصرف في الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يتحدد مدى هذا المبدأ اذن بحدود هذا الفرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم في غير هذا الغرض ، فليس ثم ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو النزول عنه أو الترخيص للغير في استعماله (٣) .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق في اطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخيالية في رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبي أو فني (٤) .

وكذلك يكون للشخص الذي ينشئ مالا مينا يحمل اسمه - كمحل تجارى أو علامة تجارية أو براءة اختراع - النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال . إذ تكون للاسم حينئذ وظيفتان مختلفتان : تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية ، وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخرى . وإذا كان

(١) ومع ذلك تعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحا اذن الزوج زوجته السابقة في الاستمرار في التسمي بلقبه واستعماله بعد الطلاق . ويمكن تبرير ذلك ، في حال ما اذا كانت الزوجة تدرس تحت هذا اللقب نشاطا أدبيا أو فنيا أو تجاريا مينا بحيث عرفت واكتسبت ثقة الجمهور في هذا النشاط . إذ لا يمتنع هذا الاذن تخويلها الاستمرار في استعماله كذلك كاسم مدني كما كان عليه الحال وقت الزوجة ، وانما تخويلها مجرد استعماله بعد الطلاق كاسم مستعار أو اسم تجارى ( في هذا المعنى : - Massand, op. cit., t. I, p. 498. - كتابنا سالف الذكر ، جلد ١ ص ٣١٧ ) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 148. — Marty et Raymond, t. I, No. 908, p. 1120.

Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Massand, t. I, No. 567. (٣)

Nervon, No. 126, pp. 401, 402. — Planiol, Ripert et Savatier, (٤)  
t. I, No. 119, p. 148. — Massand, ibid.

مستحيلة النزول عن الاسم المدني لاستحالة النزول عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن الاسم التجاري ما دام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال . وهذا النزول ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجاري محض وفي حدود استغلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدني يميز شخصيته وحالته (١) .

٢ - **عدم القابلية للتقادم (imprescriptibilité) :** ما دام الحق في الاسم لصيغا بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التي يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحاله واستعماله إياه (٢) . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالت مدة اعماله . وواضح أن عدم القابلية للتقادم تقتصر على الاسم المدني وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالة . أما الاسم التجاري ، وثم قيمة مالية له ، فليس ما يمنع - والتصرف فيه جائز - من اكتسابه أو فقده بالتقادم (٣) .

(٢) **خصائص الاسم باعتباره واجبا :** قلنا أن الاسم فضلا عن اعتباره حقا ، يعتبر كذلك واجبا . واعتباره واجبا يجعله فرضا محتوما على كل فرد من ناحية ، وغير قابل للتغيير والتعديل بإرادة صاحبه من ناحية أخرى .

١ - **ضرورة الاسم لكل شخص :** قلنا أن الصالح العام واستقرار وأمن المعاملات يفرض ضرورة تسمية كل فرد باسم معين - مكون من اسم شخصي ولقب - ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعا من اختلاطه بغيره من الأفراد .

---

(١) أنظر في النزول عن الاسم التجاري :

Nerson, No. 185, p. 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, pp. 149 - 151. — Marty et Raynaud, *ibid.*

(٢) أنظر مع ذلك في اعتماد القضاء الفرنسي - في غير أحوال الانتحال - بعامل المدة واستقلالها بما يجاوز قولا من الزمان ، لاستقلال اكتساب حق في الاسم : كتابنا سالف الذكر ، ملحق ٢٥ ، ص ٧٦٣ .

Mazeaud, t. I, No. 586, p. 541 (٢٢)



ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلامتها الضرورية ، بحيث لا يتصور تخلفه عند أحد من الأفراد • ولهذا يوجب المشرع ، عند الاخطار بولود ، ذكر اسمه ولقبه (١) •

٢ - ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الإرادة واستقلالها : اعتبار الاسم واجبا يجعله غير قابل للتغيير والتعديل بمحض ارادة الشخص وحده ، والا انقلب الفرض من فرضه وكثر في شأنه الادعاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الأشخاص ، مما ينعكس أثره السئ على استقرار المعاملات في الجماعة • من أجل ذلك ، يجب أن يخضع تغيير الاسم لاجراءات معينة تضمن جدية التغيير المطلوب وحماية الغير مما قد يكمن وراء هذا التغيير من تحايل أو انتحال •

والاعتبارات التي قد تدعو الى تغيير الاسم وتبديله كثيرة ، كالاشتهار في الجماعة بغيره من الأسماء ، أو الرغبة في تفادي ما يسيبه الاسم لصاحبه من عنت وحرَج إذا كان فيه ما يحل على الهزء والسخرية ، و الرغبة في مسابقة تغيير صاحبه لدينه • وقد يكون التغيير ضربا من التصحيح ، عند وقوع خطأ في تحرير الاسم عند قبضه •

ومنع ارادة الشخص من الاستقلال بالتغيير ، يقتضي تدخل سلطة عامة مختصة لرقابة جديته وللتأكد من سلامة الفرض منه وعدم اضراره بالغير • سواء كانت سلطة إدارية ، أو سلطة قضائية عن طريق المحاكم على اختلاف في ذلك بين النشأن • والمشرع المصري يكل اليوم (٢) أمر ذلك الى المحاكم (٣) • فيما عدا تصحيح الأخطاء المادية التي يجعله من اختصاص الجهة الإدارية المختصة وهي مصلحة الأحوال المدنية (٤) •

---

(١) م ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية •

(٢) أنظر في تطور أنظمة اجراءات تغيير الاسم في القوانين المصري قبل ذلك : كتابنا

سالف الذكر ، ص ٣٦٥ و ٣٦٦ •

(٣) لا يتم التصحيح أو التغيير الا بحكم قضائي يصدر من المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها مكتب السجل المدني المقيد فيه الاسم ( م ١/٣٦ من قانون الأحوال المدنية ) •

(٤) يجري التصحيح أمين السجل ، ويعتمد مفتش السجل المختص ( م ٢/٣٦ من قانون الأحوال المدنية ) •

### ٢٨١ - اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الأصلي ، سواء كان هذا الاسم الطاريء « اسم شهرة » ( Surnom ) يخلقه عليه الجمهور عموما بما يستوعب كامل شخصيته ونشاطه ، أو كان من قبيل « الاسم المستعار » Pseudonyme الذي يختاره الشخص ويخلقه على نفسه في بعض نواح محددة من نشاطه كالنشاط الأدبي أو الفني دون أوجه نشاطه الأخرى (١) .

وإذا كان اسم الشهرة لا يخضع من حيث اطلاقه لتحديد وتنظيم معين لأنه يصدر عن الجمهور وما تجرى به عادته ، فواضح أن الاسم المستعار على خلاف ذلك يجب أن تقيد حرية صاحبه في اختياره حماية للفرد ومنعا للفساد . فعريه اختيار الاسم المستعار تنقيد بداهة باحترام اسم الغير وتجنب انتحاله ، ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخاذ اسمه اسما مستعارا له (٢) ، لا يحمله ذلك من معنى وقوع أو احتمال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فالقضاء الفرنسي يترخص في حماية الاسم المستعار ولو كان مطابقا لاسم شخص آخر إذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تأكد به وجه من أوجه نشاط صاحبه - كالنشاط الأدبي - واكتسب ثقة الجمهور تحته (٣) ، اعتدادا باكتساب صاحبه شهرة معينة في هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذوي الشأن طوال هذه المدة .

ولكن من الواجب التحفظ في تأييد هذا القضاء وعدم أخذه على إطلاقه (٤) . فينبغي أن لا يكتفى بمعامل مضى المدة واكتساب الشهرة تحت

(١) انظر في التفرقة بين اسم الشهرة والاسم المستعار :

Pianol, Ripert et Savatier, t. No. 120. Marty et Raynaud t. I. No. 900.

(٢) إلا أن يرخس له في ذلك ، انظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

(٣) Paris, 28 Juillet 1900, cité par Mascand, t. I, p. 561 .

وانظر سابقا ، ص ٤٥٨ .

(٤) قارن مع ذلك :

Pianol, Ripert et Savatier, t. I. No. 120. — Marty et Raynaud, t. I. No. 961. — Mascand, t. I. No. 564.

الاسم المستعار طولها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يمتد أساسا - فضلا عن ذلك - بترتيب أو عدم ترتيب خلط بين الشخصين وبمحسن أو سوء نية صاحب الاسم المستعار . فإذا كان الأصل أن مثل هذا الخلط يكون غير محتمل نظرا لاختصار الاسم المستعار على وجه من أوجه نشاط صاحبه ، إلا أنه مع ذلك متصور إذا كان صاحب الاسم الأصلي يمارس نفس الوجه من النشاط تحته . وكذلك إذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقتها لاسم أصلي لشخص آخر مما يزيد في تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة إذا كان يعلم بهذه المطابقة ، وبخاصة إذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين .

وعلى أي حال ، فإذا كان للشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ، فإن القانون يحمي حقه في استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله . فيكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا إلى اسمه الأصلي ، أو بالاسم المستعار وحده في وجه النشاط الممارس تحته وخاصة إذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقي . ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الأقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما (١) .

ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعار - على خلاف الاسم الأصلي - تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه ، فلا يكتسبه أولاده وفروعه بالنسب (٢) .

## ٢٨٢ - الاسم التجارى

قد يستخدم التاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميزا لمحلته التجارى ، وهو ما يطلق عليه « الاسم التجارى » (Le nom commercial) ويدخل في تكوينه الاسم المدنى كمصغر أساسى إذا كان التاجر فردا (٣) .

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 131. — Marty et Raynaud, t. I, No. 982.

(٢) Marty et Raynaud, ibid. (٣)

(٣) مصفى كمال طه ، القانون التجارى ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٩٩٧ .

وما دام الاسم التجارى على هذا النحو ليس علامة مميزة للمحالة وللشخصية في ذاتها ، بل للنشاط التجارى للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومكونات محله التجارى ، فتثبت له - كالمحل التجارى - صفة مالية ، مما يبعد بينه في الخصائص وبين الاسم المدنى الذى يعتبر لصيقا بالشخصية . ولذلك يكون - على خلاف الاسم المدنى - قابلا للتصرف وللتقادم (١) .

ولكن اذا كان الاسم التجارى قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غير منفصل عن هذا المحل ، مما لا يجوز معه التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له (٢) . وهو ما يؤدى كذلك الى حماية الجمهور من اللبس والتضليل (٣) .

واذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجارى ، فواضح ان استعماله له قاصر على حدود الفرض منه كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء . وتأكيذا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذى يستعمل الاسم التجارى فى هذه الحدود وبين المتصرف الذى يبقى حاملا لنفس الاسم - او للعنصر الاساسى فيه - كاسم مدنى ، يجب أن يضاف الى الاسم التجارى ما يفيد منع هذا الاختلاط كسبقه أو اردافه بكلمة « خلف » أو « خلفاء » أو « محل سابق » . ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم

(١) فى هذا المعنى :

Planhol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119. -- Mazeaud, t. I, Nos. 567, 568.

حفظى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ .  
وانظر سابقا ، ص ٥٥٣ و ٥٥٤ .

(٢) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ اخلاص بالاسماء التجارية .  
وانظر فى ذلك : اكتم الخولى : قانون التجارة اللبنانى المقارن ، ١٩٦٦ . فقرة ٣٢١ .  
ص ٣٩٤ و ٣٩٥ .

(٣) حفظى كمال طه ، فقرة ١٠٠٨ .

سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون (١) .

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تصفئه فى استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشيئ بسمة هذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما (٢) .

وعلى أى حال ، فالقانون يحى الاسم التجارى ويحول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما يترتب على ذلك من ضرر . واذا كان الأصل أن لكل شخص الحق فى أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منحه من ذلك ، الا أن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المناقسة غير المشروعة (٣) .

### الطلب الثالث

#### الوطن (١)

Le domicile

#### ٢٨٣ - أهمية الوطن وتقسيمه

إذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والامرة وأحيانا الى الدين ، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فان

---

(١) Pianiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 150. —

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 587.

وقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق .

(٢) Pianiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٣) Pianiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.

مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٦ - أكم الخول ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٢٩٨ .  
وانظر كذلك المادة ٣ من قانون الاسماء التجارية .

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :

Capitant, Nos. 102 - 110. — Jousserand, t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson, Nos. 17 - 21. — Pianiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 137 - 173. — Mazeaud, t. I, Nos. 587 - 590. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 967 - 984.

الموطن يتيح العتور على مقره ومكانه . فالمقصود بالموطن المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تقيب عنه بصفة مؤقتة . والموطن على هذا النحو ، يفترق عن « محل الوجود » La demeure الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة ، كقندق يقيم فيه شخص على سفر بضعة أيام ، بحيث لا يمكن اعتباره في نظر القانون مقرا ثابتا في علاقاته مع غيره من الأشخاص .

وتبد أهمية وجود موطن للشخص في أنه يصبح المقر الذي يمتد انقانون بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بملاقاته ونشاطه القانوني . فالأوراق القضائية مثلا تعلق الى الشخص في موطنه ( م ١٠ مرافعات جديد ) ، والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ( م ٤٩ مرافعات جديد ) ، وشهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر ( م ١٩٧ تجاري ) ، والوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين ( م ٢٤٧ مدني ) .

والموطن اما موطن عام واما موطن خاص . ويقصد بالموطن العام المقر الذي يمتد به القانون بالنسبة الى نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام . أما الموطن الخاص فيقصد به المقر الذي يمتد به القانون في شأن بعض علاقات أو أعمال أو أوجه نشاط معينة للشخص على وجه التخصيص . فنعرض أولا للموطن العام ، ثم للموطن الخاص وأنواعه .

### الوجه الأول

#### الموطن العام

##### Le domicile général

### ٢٨٤ - تراوح تحديد الموطن العام بين الاختيار والالتزام

قلنا ان الموطن العام هو المقر القانوني للشخص الذي يمتد به في شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص أو تعيين . والأصل أن الشخص.

ويختار بارادته المكان الذي يعطيه القانون صفة المواطن العام ، فإذا كان القانون مثلا يعتبر المواطن العام هو محل الإقامة العادية المستقرة ، فإن الشخص هو الذي يتخير بارادته المكان الذي يقيم فيه بصفة عادية مستقرة . غير أن المواطن العام ليس دائما اختياريا ، فقد يفرض القانون استثناء لبعض الأشخاص مولنا عاما لا دخل لأرادتهم في اختيار مكانه . فنعرض للمواطن الإرادي أو الاختياري ثم للمواطن القانوني أو الإلزامي .

## ٢٨٥ - المواطن الإرادي أو الاختياري

(١) **التصوير الواقعي والتصوير الحكدي<sup>(١)</sup> :** تختلف الشرائع في تحديد المواطن العام الإرادي أو الاختياري تبعا لاختلافها على تصويره . وفي هذا الصدد نجد تصويرين رئيسيين للموطن : تصويرا واقعيًا ، وتصويرا حكما . أما التصوير الواقعي فيعتمد بالواقع في العمل من وجود إقامة فعلية مستقرة للشخص ، فيحدد المطن بأنه محل الإقامة المعتادة المستقرة . وأما التصوير الحكمي فيفصل بين الوطن والإقامة الفعلية ، وقيم - دون اعتداد بحقيقة الواقع - رباطا صناعيا مفروضا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة إما بمحل الميلاد وإما بالتركز الرئيسي لأعماله ولو لم يقيم فيه إقامة معتادة ، ويترتب على اختلاف تحديد المواطن وتصويره على هذا النحو أو ذلك نتائج بعيدة المدى من حيث ضرورة الوطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده .

١ - **من حيث ضرورة الوطن :** يحتم التصوير الحكمي أن يكون لكل شخص موطن ، إذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين . فمثلا في القانون الفرنسي إذا لم يختار الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزا رئيسيا للأعمال يكون مولنا له ، فيفترض أنه ظل محتفظا بموطنه الأصلي أي موطن والديه أو موطن وصيه ، ولو كانت

(١) انظر في ذلك :

Journaud, op. cit., t. I, No. 238, 238. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos.

كل صلة له به منقطعة (١) ، إذ لا يتصور في هذا التصوير وجود شخص دون موطن . أما التصوير الواقعي ، فهو على العكس من ذلك يسلم بإمكان انعدام المواطن ، ذلك أنه مؤسس على الإقامة العادية المستقرة ، فإذا تخلفت في الواقع هذه الإقامة لدى شخص من الأشخاص ، لا يكون له موطن ما .

٢ - من حيث وحدة الموطن أو تعدده : في التصوير الحكمي لا يكون الموطن الا واحدا ، لأن تحديد الموطن فيه بالمركز الرئيسي لأعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لأن المركز الرئيسي - حتى بين مراكز متعددة - لا يتصور الا أن يكون دائما واحدا (٢) . أما في التصوير الواقعي فليس من المحتم أن يكون الموطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد محال إقامته العادية المستقرة .

( ٢ ) تقدير التصويرين : هذان هما التصويران المتقابلان في شأن تحديد الموطن . ورغم ما يحققه التصوير الحكمي من فوائد ثبات الموطن نتيجة عدم تغير مركز الأعمال الا نادرا على خلاف ما يصيب محل السكن والإقامة من تغير مستمر (٣) ، فظاهر ما في هذا التصوير الحكمي من اقتراغ وتحايل مخالف للواقع (٤) . فضلا عن أن الأخذ به أصبح عسيرا في العصر الحديث الذي كثرت فيه الأعمال وتشعبت وتعددت مراكزها بحيث بات يستعصى في كثير من الأحيان الوقوف على المركز الرئيسي من بينها (٥) . ولذلك انتهى التصوير الحكمي الى نتائج غير مقبولة في العمل ، بافتراضه وحدة الموطن رغم ما قد يوجد في الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هذا الافتراض من التضليل بالغير حسني النية ، وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص

---

Pianol, Ripert et Savatier, t. I, No. 180. — Massaud, t. I, No. 572. — Marty et Raynaud, t. I, No. 561.

Pianol, Ripert et Savatier, No. 141. — Marty et Raynaud, No. 564. — Ripert et Boulanger, No. 388.

Massaud, t. I, No. 569. (٢)

Jousserand, t. I, No. 236. (٣)

Massaud, Ibid. (٥)



واضطرابه في سبيل ذلك الى انكار الواقع والزعم ببقاء الشخص محتفظا بموطنه الأصلي عند انعدام مركز رئيسي لأعماله رغم انقطاع كل صلة له به<sup>(١)</sup> ، ورغم وجود أشخاص كالبوهميين ليس لهم في الواقع أى موع كان من الوطن حتى ولا موطن أصلي اكتسبوه عن آبائهم<sup>(٢)</sup> .

أما التصوير الواقعي للوطن ، فرغم عدم ثباته نبات الوطن في التصوير الحكمي نتيجة ما قد يتعرض له محل الإقامة والسكن من تغيير مستمر ورغم ما قد يشجع عليه من تصمد هذا التغيير في أى لحظة للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير<sup>(٣)</sup> ، إلا أنه يمتاز بأساسه الواقعي وبناتجيه العملية . فهو من ناحية يربط الوطن بالإقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والنطق ، وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع في العمل من إمكان تعدد الوطن أو انعدامه .

( ٣ ) موقف القوانين المختلفة من التصويرين : تختلف القوانين في الانحياز الى أحد التصويرين دون الآخر . وقد كان القانون الفرنسي - منذ مطلع القرن الماضي الى اليوم - المثل البارز على الشرائع التي تأخذ بالتصوير الحكمي للوطن ، فقد حددته بأنه المركز الرئيسي لأعمال الشخص ونشاطه . غير أن القضاء الفرنسي - أمام مفاجأة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية - ما لبث أن خرج عليه وعلى ما يقرره من مبدأ وحدة الوطن خاصة ، فأقام نظرية « الوطن الظاهر » (Le domicile apparent)<sup>(٤)</sup> ، التي بمقتضاها يصح إعلان الشخص بالأوراق القضائية في الوطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنته وإقامته ، كما يصح اختصاصه أمام المحكمة

Cohn, Capitaine et De La Morandière, t. I, No. 660. (١)

Plantol, Ripert et Savatier, No. 140. — Ripert et Boulanger. (٢)  
t. I, No. 928. — Marty et Raymond, No. 981.

(٣) في هذا المعنى :

Mazeaud, No. 581, p. 597

(٤) انظر في ذلك :

Cohn, Capitaine et De La Morandière, No. 660. pp. 615, 616. —  
Plantol, Ripert et Savatier, No. 144. — Mazeaud, No. 578.

الواقع في دائرتها هذا الوطن ، مادام العلنون أو المختصمون حسنى النية  
مخبرين في هذا الوطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقى أى المركز الرئيسى  
لأعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى .

ويتبع القانون المدنى الألمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل  
الإقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده ( م ٧ ) . وكذلك تفعل الشريعة  
الإسلامية ، اذ يقرر بعض فقهاءها أنه . يجوز أن يكون الوطن الأصلى واحدا  
أو أكثر من ذلك ، بأن كان ( للشخص ) أهل ودار في بلدين أو أكثر ، ولم  
يكن في نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة ،  
حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل فى أية بلدة من البلاد التى  
قربها أهله ، فيصير مقيما من غير نية الإقامة (١) .

ويبدو أن ظهور أفضلية التصوير الواقعى على التصوير الحكى للموطن ،  
بدأ يحول الاتجاه نحوه فى المشروع التمهيدي لتتبع التقنين المدنى الفرنسى  
الحالى (٢) .

( ٤ ) أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى : رغم أن موقف القانون  
المصرى فى ظل التقنيات القديمة كان مبهما فى شأن تحديد الوطن وأن  
الاتجاه الغالب فى القضاء المصرى حينئذ كان يأخذ بالتصوير الحكى له مع  
الخروج على مقتضاها فى بعض الحالات (٣) ، ألا أن المشرع المصرى - استجابة  
للحاجات العملية ، واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية ومع  
الاتجاهات الحديثة فى الفقه والتشريع المعاصر - قد انحاز فى التقنين المدنى

(١) الكسائى ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٢ - ١٠٥ ، مشار إليه فى مجموعة الأعمال  
التفسيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٢) راجع فى مذكرات لجنة التتبع التى وضعت المشروع فى هذا الصدد :

Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1960 - 1961,  
pp. 121 et s.

وانظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٦ ، ومشار إليه ص ٧٧٧ و ٧٧٧ .

(٣) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٧ و ٧٧٨ .

الحال الى التصوير الواقعى للموطن<sup>(١)</sup> ، بنصه على أن « الوطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » ( م ١/٤٠ ) .

والمقصود بالاقامة المعتادة الإقامة الفعلية بصفة مستقرة . وبذلك يتميز الوطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار . وليس يقصد بالاستقرار استمرار الإقامة واتصالها دون انقطاع ، وإنما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتقاد ولو تخللتها فترات غيبة وقتية متباعدة أو متقاربة<sup>(٢)</sup> . فالعبرة إذن ، فى تحديد الوطن ، يجب أن تكون بما تدل عليه ظواهر الحال من نية الاستقرار فى الإقامة<sup>(٣)</sup> .

وقد رتب المشرع المصرى على هذا التصوير الواقعى للموطن نتائجه المنطقية من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص فنص على أنه « يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من وطن ، كما يجوز ألا يكون له وطن ما » ( م ٢/٤٠ مدنى ) . ومن هنا فكلما تعددت محال الإقامة المعتادة المستقرة للشخص كلما تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له وطن عام فى كل هذه المحال ، كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن إقامة معتادة فى مكان منفصل ، وكشخص يقيم إقامة معتادة فى الريف واحدى المدن معاً<sup>(٤)</sup> . وكذلك يتصور انعدام الوطن حيث لا يوجد للشخص محل إقامة معتادة مستقرة<sup>(٥)</sup> ، كالبدو الرحل الذين لا يقرون فى مكان معين .

(١) فى هذا المعنى :

نقش ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، ص ٦ ، رقم ٤٢ ص ٣٣٦ .  
نقش ٢٧ مايو ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة ، ص ٢٠ ، ج ٢ ، رقم ١٢٧ ص ٨٠٢ .  
(٢) فى هذا المعنى : الفكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى للمقتضى المدنى المصرى الحال ، مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٤٢ .  
(٣) انظر نقش ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ و ٢٧ مايو ١٩٦٩ سابقى الذكر .

(٤) الفكرة الإيضاحية ، مجموعة الأعمال التشريعية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٤٢ .  
(٥) وإذا كانت هذه النتيجة متفقة مع التصوير الواقعى للوطن ، فإن أغلب التشريعات التى تأخذ به تنفادى عواقبها بتقرير اعتبار الوطن حينئذ هو محل الوجود . ولم يقرر المشرع المصرى قناعة علمية فى هذا الشأن ( انظر فى انتقاده ، عبد الحى حجازى ، ص ١٢٧ ) .  
شخص المدعى الوكيل ، ص ٤٢ . ولكنه يقرر فى صدد إعلان أوراق المضربين أنه « إذا كان موطن المدعى إليه غير معلوم ، وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية

## ٢٨٦ - الوطن القانوني أو الزامي

إذا كان الأصل أن الشخص هو الذي يحدد بإرادته المكان الذي يسكن عليه القانون صفة الوطن العام ، فتم استثناء يرد على ذلك ، إذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذي يعتبر موطناً عاماً بالنسبة لبعض أشخاص يلحقهم وصف معين . فيكون موطنهم قانونياً لا إرادياً لأن القانون ينسب اليهم دون توقف على إرادتهم في تحديد مكانه ، ويكون الزامياً لا اختيارياً لأن القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم . والوطن القانوني أو الزامي هو الشخص بعدى الأهلية وناقصيها بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة ، وبالمفقدين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدانهم وغيبتهم من رعاية شئونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ، فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون - بالنظر إلى صغر سنهم أو عوارض أهليتهم أو فقدانهم أو غيبتهم - موطناً الزامياً هو موطن من ينوب عنهم في مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء . ولذلك تقرر المادة ١/٤٢ من التقنين المدني أن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب ، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً » .

ولكن ليس لغير هؤلاء موطن قانوني أو الزامي . ولذلك فالزوجة إذا لم تكن قاصراً بحيث يفرض عليها موطن الزامي هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديداً إرادياً بمحل إقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الإقامة مع زوجها في مكان واحد فإن موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطناً الزامياً لها وإنما باعتباره هو محل إقامتها المعتادة فعلاً . ولذلك ليس ما يمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، إذا كانت إقامتها المعتادة - لسبب من الأسباب - في غدير

---

العربية المتحدة أو في الخارج ، وتسلم صورتها إلى النيابة ، ( م ١٠/١٢ مرافعات جديدة ) .  
ويقرر كذلك في صدد الاختصاص أنه « إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية العربية المتحدة ، ولم يجسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المنقطة ، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته . فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص للمحكمة القاهرة » ( م ٦١ مرافعات جديدة ) .

مكان الإقامة المعتادة لزوجها (١) . وكذلك ليس للخاتم موطن الزامي هو موطن مخدومه ، وإنما يتحدد موطنه تحديدا اراديا بمحل اقامته المعتادة التي قد تكون - على حسب الأحوال - في محل مستقل به أو في نفس مسكن المخدوم أو ملحقاته .

وهذا الموطن القانوني أو الالزامي - كما هو ظاهر - موطن حكومي . إذ لا يمتد القانون في شأنه بمحل الإقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو النائب كما يقضي الأصل ، وإنما يمتد بموطن من ينوب عنه قانونا أي بمحل الإقامة المعتادة لولي أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل إقامة القاصر أو المحجور ، ويكون حتما غير محل إقامة المفقود أو النائب . وقد راعى المشرع في ذلك صالح القصر والمحجورين والمفقودين والخائبيين نظرا لأنهم لا يباشرون شئونهم أو نشاطهم الإرادي بأنفسهم بل يباشرونها من ينوب عنهم قانونا ، مما يوجب - مواجهة للواقع وتيسيرا للأمور - الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم وحسابهم .

وإذا كان أساس فرض الموطن القانوني أو الالزامي هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها أو غيبته أو فقدته ، فإن وجوده أو بقائه مفروضا عليه يكون مرتبنا اذن بتوافر أو استمرار هذا الأساس . ولذلك ، فحيث يعترف القانون للقاصر أو المحجور بأهلية أداء كاملة في صدد بعض تصرفات معينة ، تنتفي الحكمة - في شأن هذه التصرفات وحدها - من فرض الموطن القانوني أو الالزامي ، ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور - في شأنها - موطن خاص يتحدد في الأصل بمحل اقامته المعتادة ، بينما يبقى موطنه العام فيما عداها - حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصة - موطنا الزاميا محصا بمحل إقامة وليه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك إذا زال سبب فرض الموطن

---

(١) في هذا المعنى :

شعيق شحاته : فقرة ١١٢ - عبد الحى جباري ، ص ١٤٩ - سليمان مرقس ، المرجع السابق . فقرة ٣٦٥ .

القانوني أو الأجنبي ، بأن بلغ القاصر سن الرشد ، أو عاد المجنون أو المعتوه ، أو انسفه أو ذو الخفة إلى تمام العقل والأدراك واستقامة التقدير بزوال ما ألم به من مرض ، أو ظفر المفقود أو رجع العائبة ، فلا تبقى ثم حاجة إلى استمرار فرض موطن الزامي له . إذ تكتمل له أو تعود أهليته لا يعترضها عارض أو يعوق مانع . فيحدد موطنه حينئذ - طبقا للأصل - تحديدا إراديا اختياريا بمحل إقامته المعتادة المستقرة .

### الوجه الثاني

#### الموطن الخاص

Le domicile spécial

إلى جانب موطن العام الذي يعتبر المقر القانوني للشخص بالنسبة إلى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام . قد يوجد له موطن خاص يكون مقره القانوني بالنسبة إلى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص . وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها . ونعرض فيما يلي لأهم أنواع هذا الموطن الخاص .

### ٢٨٧ - الموطن التجاري أو الحرفي

تنص المادة ٤١ من التقنين المدني المصري على أن « يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنه بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . وبمقتضى هذا النص تتركز المعاملات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة في محل مباشرة صاحبها إياها ، أما ما عدا ذلك من أعماله الأخرى فيبقى الموطن في شأنها هو موطنه العام أي محل إقامته المعتادة . ومن المسلم أن هذا الموطن الخاص لا ينصرف إلى عمل الموظفين الباعين ، فلا يعتبر المكان الذي يباشرون فيه وظائفهم موطنًا خاصًا لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة (١) .

(١) في هذا المعنى :

نص ٧ فبراير ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ( المدنية ) . السبعة الثالثة . رقم ٧٦ ، ص ٤٤٤ .

## ٢٨٨ - موطن ناقص الأهلية في شأن ما يعتبر أهلا لمباشرة من تصرفات

إذا كان فرض موطن الزامي على القاصر ومن في حكمه من عديمي الأهلية ونقصيها عموما هو موطن من ينوب عنه من ولي أو وصي أو قيم مرده إلى عدم قدرته على تولى شئونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنفخ الحكمة من فرض هذا الموطن الزامي كما سبق البيان حيث يقرر القانون لنقص الأهلية - خروجاً على الأصل العام - أهلية أداء كاملة في مباشرة بعض أعمال وتصرفات قانونية معينة . لذلك يكون من الطبيعي أن يتحدد له - في شأن هذه الأعمال والتصرفات - موطن خاص غير موطنه العام الزامي أي غير موطن وليه أو وصيه أو قيم عليه . ويتحدد هذا الموطن الخاص تحديداً إرادياً من جانبه ، سواء بمحل إقامته المعتادة وهذا هو الأصل ، أو بمحل مباشرة ما يكون ماذوناً فيه من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين يكون أهلاً لمباشرة . فيكون حكم هذا الشخص إذن من حيث الموطن - في الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالأهلية - هو حكم الشخص كامل الأهلية .

ولذلك تنص المادة ٢/٤٢ من التقنين المدني على أن « ... يكون للقاصر الذي بلغ ثمان عشرة سنة ، ومن في حكمه ، موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها » . وإذا كانت هذه المادة تحيل أساساً على ما يقرره القانون من أهلية القاصر البالغ ثمان عشرة سنة أو السفهية وذو الفطنة المحجور عليه في شأن ما يؤذن فيه من أعمال الإدارة ، ومن أهلية القاصر البالغ ثمان عشرة سنة في شأن ما تاذنه المحكمة من مباشرة التجارة ، إلا أنه ينبغي النظر إلى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للبدا الذي أسلفناه من وجوب تقرير موطن خاص لنقص الأهلية في شأن الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون كامل الأهلية لمباشرتها ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالي في شأن كل الأحوال الأخرى التي تثبت لنقص الأهلية فيها - ولو كان قاصراً لم يبلغ الثامنة عشرة - أهلية أداء كاملة في شأن تصرفات معينة (١) .

### ٢٨٩ - الوطن المختار

يقصد بالوطن المختار (*Le domicile élu*) المحل - غير مكان الإقامة المعتادة (١) - الذي تنصرف الإرادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني. معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده . ويعتبر المقر القانوني للشخص في شأنه مقنيا بذلك عن موطنه الصام . واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو ، يستوى أن يكون بالعقد أو بالإرادة المنفردة . وقد نص القانون على هذا الموطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل معين » ( م ١/٤٣ مدني ) .

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ عمل قانوني دون تأثير بتغير محل إقامة ذوى الشأن ، أو تجنب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ في مواجهة مدين مقيم في مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ في يد وكيل معين كمحام مثلا .

والأصل أن اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازيا لمن يشاء . غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص في حالات معينة استثنائية . ومن ذلك ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن في حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التابعة التي يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له في دائرة المحكمة الواقع فيه اختصاصها المقار محل حقه . وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من تقنين المرافعات الجديد من أن « على الخصم الذي لا يكون له وكيل بالبلد الذي به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » .

وضمانا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الأعمال القانونية وحسبا لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار ، يستلزم القانون أثبات اختيار هذا الموطن بالكتابة ( م ٢/٤٣ مدني ) ، أي كانت قيمة العمل القانوني المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة .



ويكون الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى ( م ٢/٤٢ مدني ) • ويستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانوني المتعلق به ، بحيث يظل - على خلاف الموطن العام - موطنا مختارا ، في شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته (١) •

والاصل أنه لا يتأتى المدول عن الموطن المختار او تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانوني المتعلق به الا بنفس طريق تقريره • فاذا كان مقررا بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك • ولكن يجوز لاحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختياره مقررا لمحض صالحه وحده ، او لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الآخر طالما يتم اعلانه به (٢) •

---

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 173. — Marty et Raynaud, (١)  
t. I, No. 920, p. 1201.

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, ibid. (٢)

### المبحث الثالث النشاط الإرادي للشخصية أو أهلية الأداء

#### ٢٩٠ - تعريف أهلية الأداء

إذا كانت الشخصية ثابتة لكل إنسان - على ما رأينا - بحيث يكون صالحا لأن يكون صاحبا للحق والالتزام ، إلا أن توليد الحق والالتزام ومباشرته أو أداء وإنتاج الآثار القانونية بوجه عام في ذمة الشخص ، قد لا يتأني نبي بعض الأحوال إلا نتيجة نشاط إرادي من جانبه وقدرة معينة من التمييز عنده ، أي نتيجة توافره على أهلية الأداء *La capacité d'exercice* .  
فأهلية الأداء إذن هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته ، أو قدرته الإرادية على إنتاج الآثار القانونية في حق نفسه ، أو هي - بإيجاز - قدرته على إجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحديد نطاق أهلية الأداء ومناطها على السواء .

#### ٢٩١ - نطاق أهلية الأداء

( ١ ) **التصاير أهلية الأداء على التصرفات القانونية :** ما دامت أهلية الأداء هي صلاحية أو قدرة إرادية على إنتاج أو توليد آثار قانونية ، فلا بد أن يتحدد نطاقها إذن بالأعمال الإرادية لا أعمال المادية ، أي بالتصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية (١) . فالتصرفات القانونية - كما

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, Nos. 796, 798.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ هامش داء ص ٢٦٩ - عبد المنعم فريج  
الصفحة ٨٤ - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٤ - اسماعيل غانم : ص ١٨٧ و ١٨٨ .  
وركن النظر عكس ذلك :

شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ - شمس الدين الحوكيل ، ص ٤٩ - ٥٢ .

سنرى - هي ارادة محضة متجهة الى احداث اثر قانونى معين ، بحيث يترتب هذا الاثر ويتحدد بالارادة مباشرة • أما الوقائع القانونية ، فليست الا اعمالا مادية يترتب القانون وحده عليها - حتى ولو كانت اختيارية - أثرا قانونيا معينا •

وما دامت الآثار القانونية تترتب بارادة الشخص مباشرة فى التصرفات القانونية ، ولا تترتب الا بالقانون نفسه فى الوقائع القانونية دون اعتداد بوجود الارادة أو عدم وجودها ، فإن قدرة الشخص على النشاط الارادى الذى تعبر عنه أهلية الأداء ، لا تتصور اذن الا فى التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بارادته مباشرة • أما حيث يتعلق الأمر بوقائع قانونية أو أعمال مادية صادرة عن الشخص ، فلا يتصور القول بوجود أهلية أداء له فى شأنها • ذلك أن أهلية الأداء تفترض - على أى نحو فهم مدلولها - وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونية بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحية أو القدرة فى شأن أعماله المادية • اذ ليس قيامه بها - حتى ولو كان اختياريا - هو الذى يولد بذاته الآثار القانونية عليها ، بل الذى يولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره وارادته ، فإن كانت ثمة قدرة على توليد الآثار القانونية بشأن أعمال الشخص المادية ، فهى فى الواقع قدرة القانون لا قدرة الشخص أو أهليته (١) •

(٧) التمييز بين أهلية الأداء وبين الولاية : اذا كانت أهلية الأداء تعنى صلاحية الشخص أو قدرته على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجاً آثاره القانونية ، فهى تعنى هذه الصلاحية أو القدرة من حيث انتاج الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الأشخاص ، وهذا هو الفاصل بين أهلية الأداء وبين الولاية عموما والولاية على المال خصوصا • فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الأداء أو ناقصها أساسا أو يقوم به مانع من مواعها أحيانا ، بمقتضاها يقوم من له

---

(١) راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٩٠ و ٧٩١ •

الولاية بتصرفات قانونية تنتج أثرها في حق نفس أو مال للمولى عليه .  
فالولاية إذن انما تفرض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه وحسابه  
بالتصرفات القانونية نظرا لانعدام أو نقص أهلية أدائه أو وجود مانع من  
مباشرة ايها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبه بالتولية عليه ، بحيث  
تثبت للمولى سلطة القيام - بدلا عنه وحسابه - بما يجز عن القيام به من  
تصرفات قانونية بحيث تنصرف اليه آثارها كما لو كان هو الذي أجراها .

### ٢٩٢ - مناه أهلية الأداء

إذا كانت أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه وحسابه  
عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية ، فمقتضى ذلك وجوب توافر إرادة  
واعية بصيرة بما تنجبه الى أحداثه من أثر قانوني ، وهو ما يتطلب كامل  
الادراك والتمييز عند الشخص ، ولذلك يكون مناه أهلية الأداء هو كمال  
التمييز والإرادة .

وتحديد مناه أهلية الأداء على هذا النحو ، لا يجعل الناس متساوين  
فيها لاستحالة تساويهم في كمال التمييز والإرادة وهو مناطها . ولذلك  
تتراوح أهلية الأداء عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقص والكمال  
تبعا لانعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والإرادة عند كل منهم . فلا تكون  
للفرد أهلية أداء كاملة الا إذا كان كامل التمييز والإرادة ، أما إذا كان ناقص  
التمييز والإرادة أو عديهما ، فهو ناقص أهلية الأداء أو عديهما .

وإذا أردنا أن نربط بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب والشخصية من  
حيث ثبوتها للإنسان ، لوجب القول بأن كل انسان تثبت له الشخصية ،  
ويكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب ، فلا يتصور انسان  
دون أهلية وجوب ولو قاصرة أو محدودة . ولكن ثبوت الشخصية وأهلية  
الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهلية أداء ، لأن مناطها  
التمييز وقد يكون منعدما عنده .

وتحديد مناه أهلية الأداء على هذا النحو ، يتيح كذلك تمييز أهلية  
الأداء عما قد يشتبه بها من أوضاع تتعلق بعدم قابلية بعض الأموال للتصرف

كالأموال العامة وأموال الوقف ، أو بمنع التصرف في بعض الأموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ، أو بحرمان بعض الأشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة والمحامين وكتبه المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها والداخلية في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ( م ٤٧١ مدني ) ، وحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلاً لنفسه الشيء المنوط به بيعه بموجب هذه النيابة ( م ١٠٨ و ٤٧٩ مدني ) . فكل هذه الأوضاع لا شأن لها بأهلية الأداء ، لأنها لا تترتب على انعدام أو نقصان التمييز عند الأشخاص (١) . وإنما تترتب هذه الأوضاع لأسباب أخرى بعيدة عن التمييز وعن أهلية الأداء . كحماية تخصيص معين لبعض الأموال يقتضى منع التصرف فيها مثل التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من أغراض البر التي لا تنقطع أو لضمان تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ، أو كتنزيه القضاء وصيانة سمعته وتأكيد حيده ، أو كحماية الأصيل من تحيز النائب إذا انفرد بالتعاقد باسمه مع نفسه .

وإذا تعددت أهلية لأداء على هذا النحو من حيث النطاق والمناسط فينبغي التعرض من بعد لأحكامها ، ثم لأحكام ما يكملها - عند الانعدام أو النقص أو المانع - من الولاية على المال .

### الطلب الأول

#### أحكام أهلية الأداء

#### ٢٩٣ - أنواع التعريفات القانونية التي ترد عليها الأهلية

إذا كانت أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تميراً منتجا لآثاره القانونية في حقه . بمعنى ذلك قدرته على أن يجري

(١) أنظر في التمييز بين أهلية الأداء وهذه الأوضاع :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٧ . - شفيق شحاتة ، فقرة ٨٧ .

بنفسه وحسابه التصرفات القانونية كلها بأنواعها المختلفة ، وهو ما يقتضى بيان هذه الأنواع من حيث تعلقها بأهلية الإداء وأهميتها لها .

والقانون يقسمها - من هذا الوجه - أنواعا ثلاثة : تصرفات نافعة نفعا محضا ، وتصرفات ضارة ضررا محضا ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر . أما التصرفات النافعة نفعا محضا ، فهي تلك التى ترتب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبة . وأما التصرفات الضارة ضررا محضا ، فهي تلك التى ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالإيهاب والإيصاء . وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي تلك التى لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضا ولا افتقارا محضا لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتل بطبيعتها الكسب كما تحتل الخسارة (١) ، ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال التصرف التى ترمى الى تقرير حق عينى على الشئ كالبيع ، وما يسمى بأعمال الإدارة وهى التى ترمى فى الأصل الى مجرد استغلال الشئ كالإيجار والتصرف فى غلته أو ريعه .

فإذا كان الشخص كامل أهلية الأداء ، نبتت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة . وإذا كان عديم الأهلية ، امتنع عليه مطلقا مباشرة أى نوع منها . وإذا كان ناقص الأهلية ، جاز له مباشرة النافع منها نفعا محضا ، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضار ضررا محضا ، وتوقفت مباشرته الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على إذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الأحوال .

#### ٢٩٤ - منهج البحث

إذا كان مناط أهلية الأداء كمال الإرادة والتمييز ، فمقتضى ذلك تدرجها مع تدرج التمييز فى الإنسان تبعا للسن ، وتأثيرها - حتى بعد كمال التمييز

---

(١) تكون الخبرة بطبيعة الصرف لا بنتيجته . ولذلك فهما حق الصرف من كسب لمن يباشره - يظل - رغم ذلك - تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، ما دام أنه بطبيعته محتمل الكسب والخسارة على السواء .

والرشد - إما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه أو تنتقص منه • وإذا اكتمل التمييز للإنسان دون عارض يعترضه ، فتكون له أهلية أداء كاملة ، ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتها • فنعرض لأحكام هذه الأهلية اذن في تدرجها بتدرج السن ، وفي عوارضها ، ثم في موانعها •

### الوجه الأول

#### تدرج الأهلية بتدرج السن

لما كان مناط أهلية الأداء كمال التمييز ، وكان التمييز متدرجا عند الإنسان تبعا للسن ، فإن أهلية الأداء تتدرج اذن تبعا لتمييز والسن من الانعدام الى النقص الى الكمال •

#### ٢٩٥ - انعدام الأهلية

قلنا ان أهلية الأداء مناطها كمال التمييز ، والتمييز منعدم تماما عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف عادة لذلك باسم الصبي غير المميز ، فتكون أهلية الأداء عنده منعدمة انعدامًا تامًا • وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ من التقنين المدني بقولها « ١ - لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن ٠٠ - ٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » •

ومعنى انعدام أهلية الأداء عند الصبي غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء أى نوع من أنواع التصرفات القانونية حتى ما كان منها نافعا له نفصا محضًا كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونية هو الإرادة ، ولا إرادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره • وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونية باطلة لا يرتب القانون عليها أى أثر • وقد نصت على ذلك المادة ١١٠ من التقنين المدني بقولها « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله • وتكون جميع تصرفاته باطلة » •

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبي غير المميز ، بطلانها بطلانًا مطلقا أى اعتبارها منعدمة كان لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة - سواء كان ( م ٣٧ - المخل الى القانون )

هو نفس الصغير بعد اكتمال أهليته ، أو الولي أو الوصي أو من تعاقده مع الصغير غير المميز - التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن ، وتقبل هذه التصرفات باطلة لا تصححها أية اجازة لاحقة ( م ١/١٤١ مدني ) سواء من الصغير بعد اكتمال أهليته أو من الولي أو الوصي قبل ذلك .

#### ٢٩٦ - نقص الأهلية

تكون الأهلية ناقصة أي لا متعمدة تماما ولا مكتملة تماما ، فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشد ، أي فيما بين السابعة والحادية والعشرين ، اذ يكون التمييز في هذا الدور من الحياة وسطا بين الانعدام والاكتمال ، فيكون انصبى المميز اذن - وهو من يكون بين هذين السنين - ناقص الأهلية . وعلى ذلك تنص المادة ٤٦ من التقنين المدني بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد .. يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » . وقد بين القانون حكم القواعد العامة في هذا الشأن ، ولكنه ترخص في الخروج عليها في أحوال معينة .

( ١ ) حكم القواعد العامة : انصب المميز ناقص الأهلية (١) بمعنى أنه ليست له أهلية أداء الا في صدد بعض التصرفات دون البعض الآخر . وتقضى القواعد العامة في هذا الشأن بأنه يعتبر كامل الأهلية تماما - كمن بلغ سن الرشد - فيما يتعلق بالتصرفات الناقصة له نفعا محضاً ، فتصدر عنه صحيحة . وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الأهلية - كالصبي غير المميز - فيما يتعلق بالتصرفات الضارة به ضررا محضا ، فتقح باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها أية اجازة ( م ١/١١١ مدني ) .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فالأصل أنه ليس للصبي المميز مباشرتها بنفسه ، وإنما يباشرها عنه الولي أو الوصي . فإن باشر

---

(١) انظر في اعتراض البعض على وصف الصبي المميز بأنه ناقص الأهلية :

سليمان مرعش ، جلد ٢٥ ، ص ٢٨٦ - ٢٨٨ .

وانظر في مناقشة هذا الاعتراض : كتابنا سالف الذكر ، جلد ١٥ ، ص ٢٩٧ .



الصبي المميز هذه التصرفات بنفسه ، لم تكن صحيحة تماما ولا باطلة بطلانا مطلقا ، وانما باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز نفسه (١) ( م ٢/١١١ مدني ) . بمعنى أنها تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب إبطالها من له الحق في ذلك ، أى اما الولي أو الوصي واما الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد . فإذا قضى بإبطال هذه التصرفات ، اعتبرت كأن لم تكن (٢) . ولكن اذا أجاز هذه التصرفات من له حق إجازتها ، أى المحكمة أو الولي أو الوصي أو الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد (٣) ، تأكدت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب إبطالها بعد ذلك (م ٢/١١١ مدني) .

( ٢ ) **المخرج على حكم القواعد العامة :** ذلك هو حكم القواعد العامة في مدى أهلية الصبي المميز أو القاصر لباشرة التصرفات القانونية . غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم في حالات استثنائية أوردتها على مسبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلي :

( ١ ) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوشع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » . وبذلك تصبح للصبي المميز مطلقا

---

(١) لما كان إبطال تصرفات الصبي المميز الطائفة بين التمتع والقرقر مقصودا به حمايته ، فلاصل أنه ليس للطرف الآخر - سواء كان عملا أو جاعلا بنقص الأهلية - طلب الإبطال بناء على هذا النص . ولكن يبدو أنه ليس من حق القاصر فرض تصرفات قانونية على الغير لا يشاركه فيها مختارا ، كرفع دعوى قضائية على الغير ، فحينئذ يكون جائزا تخويل الغير طلب الإبطال كذلك .

انظر في هذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣١ ص ١٦٢ .

(٢) ومعنى ذلك في الأصل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التصاقد ، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض مبادل . ولكن خروجنا على هذا الأصل لا يلزم ناقص الأهلية - اذا قضى بالإبطال لنقص أهليته - أن يرد غير ما عُد عليه من منفعة بسبب تنقيته العقد ( م ١٤٢ مدني ) .

(٣) ولكن يستط حق الصبي المميز في الإبطال اذا لم يتسك به خلال ثلاث سنوات من هذا البلوغ الذي أزال نقص أهليته ( م ١٤٠ مدني ) .

ومنذ بلوغ سن السابعة (١) أهلية أداء كاملة (٢) فيما يتعلق بالتصرف في أموال نفقته دون توقف على إجازة أحد . ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار ذمته العامة ، بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة الا في حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

( ٢ ) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون ٠٠٠ » والقانون انما يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة في إبرام عقد العمل بوصفه عاملا (٣) ، لا بوصفه رب عمل لأن ذلك يفرض أن تكون له سلطة ادارة أمواله أو بعضها وهو ما لا يتحقق قبل الثامنة عشرة (٤) وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار في العمل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولي أو الوصي ، ما داموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهي السابعة . ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة المعطاة للقاصر للتعاقد كعامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استعماله لها ، بأن أعطاها سلطة خطيرة في إنهاء ما إبرمه القاصر من مثل هذا العقد ، بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن ، اذا كان في الانهاء مصلحة جديرة للقاصر أو مصلحة

---

(١) انظر فيما يراه البعض من الاعتراف بالأهلية في هذه الحالة حتى للصبي غير المميز : منصور مصطفى منصور ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٢ .

(٢) قلون مع ذلك :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ . - منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٢ - ١٥٤ .

(٣) ولكن اذا كان بلوغ سن التمييز كافيا لإبرام عقد العمل من جانب العامل ، الا أنه يجب مراعاة ما يفرضه المشرع المصري من حد أدنى لسن تشغيل العمال ، بحيث تعتبر عقود العمال القصر الذين لا يبلغون الثمانية عشرة ( أو الخامسة عشرة أو السابعة عشرة حيث يكون ذلك متطلبا ) باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها هذا الحد الأدنى الأمر ، وذلك رغم ما يتوافر لهم من أهلية إبرامها ( انظر كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، فقرة ٦٥ - ١٩٥ - ١٩١ ) .

(٤) في هذا المعنى :

محمد حلي مراد ، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦١ ، فقرة ٢٢٠ - كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٨٩ .

أخرى ظاهرة ( م ٦٢ من قانون الولاية على المال ) ، بأن كانت صحته مثلاً لا تحتمل إشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيهها آخر إلى احترام مهنة أخرى أو إكمال تعليمه بما يتبع له مستقبلاً أوسع ويضمن له مركزاً أفضل . وواضح أن قرار المحكمة بإنهاء العقد لا يعنى إبطاله ، فقد عقد صحيحاً من شخص يعترف له المشرع - رغم قصره - بأهلية كاملة في إبرام عقد العمل الفردي ، ولذلك لا تنصرف آثار هذه الإنهاء إلى الماضي وإنما إلى المستقبل وحده .

( ٣ ) تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون إذا بلغ السادسة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف في الأجر أو المرتب<sup>(١)</sup> الذي يحصل عليه من وراء عمله الخاص ، فيكون تصرفه في هذا الشأن صحيحاً غير متوقف على إجازة أحد . غير أنه مراعاة لمصلحته ، قرر المشرع أن التزاماته في هذا الشأن لا يتعدى أثرها حدود كسبه ، وبذلك جعل له ذمة خاصة يكسبه إلى جوار ذمته العامة . ولكن يكون لفحكمة ، إذا اقتضت المصلحة وحماية للقاصر ، أن تقيد حقه في ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية ( م ٢/٦٣ ) .

( ٤ ) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدني على أنه « إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له في تسليم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . وبمقتضى هذا النص تكون للصبي المميز البالغ الثامنة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ،

---

(١) انظر فيما يفرده تقنين العمل للقاصر البالغ الرابعة عشرة من أهلية قبض الأجر ، ومي انعدام التناسق بين هذا الحكم وبين حكم قانون الولاية على المال بإعطاء القاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف في الأجر :

كتابنا أصول قانون عمل ، ج ١ ، فقرة ١٥٢ ، ص ٤٤١ و ٤٤٢ .

يشترط أن يؤذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ممن يملك هذا الإذن ، أي من الولي بأشهاد لدى الموثق أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصي ( م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال ) •

ويفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية أداء القاصر المأذون في شأن أعمال الإدارة ، فلا يجيز له تأجير المبانى لمدة تزيد على سنة ، ولا التصرف في صافي دخله<sup>(١)</sup> إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا ( م ٥٦ ) • ويخضع القاصر المأذون في الإدارة - فضلا عن ذلك - لرقابة المحكمة ، إذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصي ، ويجوز للمحكمة أن تحد من الإذن المعلق للقاصر أو تسلبه إياه بعد سماع أقواله ، إذا قصر في تقديم الحساب السنوى أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى منها من بقاء الأموال، في يده ( م ٥٨ و ٥٩ من قانون الولاية على المال ) ، ويجوز للولي كذلك - إذا كان هو الذى أذن للقاصر في تسلم كل أمواله أو بعضها لإدارتها - أن يسحب هذا الإذن أو يعد منه بأشهاد لدى الموثق ( م ٥٤ من قانون الولاية على المال ) •

( ٥ ) تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذا مطلقاً أو مقيداً ، على حسب ما تتبين من ظروفه • ويراعى أن الإذن للقاصر بالتجارة وإن كان يستوى مع الإذن له بالإدارة في اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، إلا أنه لا يصدر إلا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولي ، بينما يكفي إذن الولي لمباشرة أعمال الإدارة ، وما ذلك إلا زيادة احتياط وتطبيق في الترخيص للقاصر بالتجارة نظراً لما يحتمل من مخاطر يخشى منها على أمواله<sup>(٢)</sup> » •

---

(١) يخرج من ذلك دخله من عمله ، إذ تثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة أهلية التصرف الكاملة فيه كما سبق البيان ( في هذا المعنى : عبد القم البدروى ، من وعامش ١٠ ص ٦٢٧ ) •

(٢) انظر في أهلية القاصر المأذون له في التجارة :

حظفى كمال هـ ، ج ١ ، قرات ٢٠٠ و ٢٠١ •

( ٦ ) رغم أن الإيصاء تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبي المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ان اجراء الا أن قانون الوصية أجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على إذن من المحكمة ( م ٥ ) ، مراعىا فى ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقاصر وأنها على أي حال معلقة على إذن المحكمة وموافقتها (١) . وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر - خلافا لطبيعتها - فى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أى تكون باطلة بطلانا نسبيا أن أجراها دون الحصول على الإذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بإبطالها إذا طلب الإبطال القاصر بعد بلوغه من الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتؤكد صحتها نهائيا أن أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد .

#### ٢٩٧ - كمال الأهلية

إذا بلغ الشخص سن الرشد - وهى إحدى وعشرون سنة فى القانون المصرى - اعتبره القانون فى الأصل كمال التمييز والارادة الواعية البصيرة . ولما كان كمال التمييز والارادة مناط أهلية الأداء ، فيكون هذا الشخص كامل الأهلية كاملا مطلقا بحيث يملك اجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه ، سواء منها النافع نفعا محضا والضار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر . ( م ٤٤ مدنى ) .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء - الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ( م ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال ) ، بسبب أصابته بعارض يقصد قواه العقلية كالجنون أو المته (٢) أو يخل بتقديره وتديره كالكسفه أو الففلة . ومتى تقرر استمرار

---

(١) فى هذا الحى :

عبد الحمم فرج الصدة ، فترة ٩٥ .

(٢) انظر فيما يراه البعض من استمرار الولاية أو الوصاية فى حالات الجنون والمته =

الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لا يرتفعها الا قرار من المحكمة في حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية .

## الوجه الثاني

### عوارض الأهلية

#### ٢٩٨ - أثر عوارض الأهلية في اعدامها أو الانتقاص منها

إذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل أهلية الأداء . والأصل أن يستتر كمال أهليته حتى انتهاء شخصيته بالموت . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وإرادته كالجنون والعتة فيعده القانون عديم الأهلية ، أو يطرأ على تقديره عارض يدخل بحسن تدبيره وبصره بالأمور كالسفه والغفلة فيعده القانون ناقص الأهلية . ويجوز عليه في الحالتين بحكم يصدر من المحكمة ، وينصب الحكم قيما عليه ، ولا يرتفع الحجر عنه الا بحكم يقضى بذلك .

#### ٢٩٩ - الجنون والعتة

يقصد بالجنون ذلك المرض الذي يصيب العقل فيفقد به التمييز ، وبالعتة ذلك الخلل الذي يعتري العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجمل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والأصل أن العتة لا يعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغي معه التفريق في الحكم بين العتة المعدم للتمييز والنسأوى للجنون وبين مجرد العتة المنتقص من التمييز . ولكن القانون المصري - أمام دقة التمييز بين نوعي

---

= وحدهما دون حكم سابق من المحكمة بذلك :

بعد الفتح عبد الباقي ص ٩٢ و ٩٣ ، وحاشي «١» ص ٩٣ .

وانظر في مناقشة هذا الرأي :

كتابنا أصول القانون ، حاشي «٢» ص ٨٠٥ .

العتة - أنغل هذا التفريق (١) ، روي في الحكم بين المجنون وبين المعتوه عموماً ، فاعتبر كلا منهما عديم الأهلية كالصبي غير المميز (٢) ، اذ نص على أنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون ، ( م ١/٤٥ مدني ) . ويرامى أن المشرع المصري قد اعتبره المجنون مصداً للأهلية ، لا يفرق - كما يفعل فقهاء الشريعة الإسلامية - بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات وبين جنون غير مطبق متقطع بالافتاقة في بعض الأوقات (٣) ، وحسناً فعل ، لأن ذلك أدعى إلى الحسم والقطع في أمر كهذا يستعصى على الإثبات ويفتح الباب واسعاً لكثير من المنازعات .

وعلى ذلك ، فكل تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، سواء منها النافع له نفعاً محضاً والضار ضرراً محضاً والدائى بين النفع والخسر . غير أن إجراء حكم البطلان يفترض في الأصل صدور قرار من المحكمة بالحجر على المجنون أو المعتوه وتنصيب قيم عليه ( م ٦٥ من قانونولاية على المال ) ، لأن الجنون والعتة عارضان طارئان خلافاً للأصل من اكتمال الأهلية منذ بنوغ سن الرشد . ولكن تحذير الكافة من احتمال توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه وإعلامهم بهذا التوقيع من بعد ، يقتضى تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر ، بحيث لا يعتد بأثر الجنون أو العته ، المصدم للأهلية إلا منذ هذا التسجيل . وعلى هذا النحو ، إذا صدر من المحكمة قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه ، فيعتبر في حكم فاقد الأهلية في مواجهة الكافة من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر إذا لم يسجل .

(١) انظر في الأخذ بهذا التفريق في الشريعة الإسلامية :

أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الفروع الإسلامية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٢٥٢ وما بعدها ، انظر ص ٣٧٢ و ٣٧٤ - عمر عبد الله - سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ١٠٣ .

(٢) قلون مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، لفرة ١٥٧ - سليمان مرقس ، لفرة ٢٤٦ .

(٣) انظر في هذه الفقرة :

أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٢ - عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

الطلب ، بحيث تقع كل تصرفاته الصادرة بعد هذا التسجيل أو ذاك باطلة بطلانا مطلقا ( م ١/١٤ مدني ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات (١) ) .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاعل الأهلية إلا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهلية إلى حين حصول مثل هذا التسجيل ، فلا تعتبر تصرفاته في هذه الفترة باطلة على أساس انعدام الأهلية رغم قيام حالة المجنون أو المعتوه في الواقع . ومع ذلك ، فهي تعتبر في الأصل باطلة في هذه الفترة على أساس آخر هو انعدام الإرادة عنده وهي قوام التصرفات القانونية . ولكن إذا كان من شأن إطلاق هذا الحكم بسط حماية كبيرة على المجنون أو المعتوه ، إلا أن هذه الحماية تتحقق على حساب الغير حسن النية . لذلك رأى المشرع المصري في التقنين المدني الحالي (٢) أن لا يحسم المجنون أو المعتوه في هذه الفترة إلا بالقدر الذي لا يضر المتعاقد معه حسن النية ، فنص على أنه « إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ( أو تسجيل طلب الحجر » م ٢/١٠٢٨ مرافعات » ، فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة المجنون أو المعتوه شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » ( م ٢/١٤ ) .

وعلى هذا النحو ، لا يوجد ما يحول دون أعمال الأصل وتوفير أكبر قدر من الحماية للمجنون أو المعتوه في الفترة السابقة على تسجيل طلب أو قرار الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة ، إذا كان المتعاقد معه سوء النية يعلم بقيام حالة المجنون أو المعتوه أو كان من اليسير أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعها . أما إذا كان المتعاقد معه حسن

(١) هذه المادة من بين مواد قانون المرافعات الذي لم يلغها قانون المرافعات الجديد

بل أبقى على العمل بها بعد تلافه .

(٢) كان القضاء المصري جازيا في ظل التقنين المدني القديم على إطلاق حكم البطلان حماية

للمجنون والمعتوه .

انظر بخاصة في ذلك :

نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، دف النشر للجامعات ، السنة

الأول ، رقم ٤٣ ، ص ١٤٩ . - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ . مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة

النقض ، السنة الثالثة ، رقم ١٨ ، ص ٩٣ .



النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته أو لم يكن في استطاعته العلم بها لعدم ذوعها وشيوعها ، فرعاية لحسن نيته وتحقيقه للأمن والاستقرار في المعاملات ، يترخص المشرع في رفع الحماية عن المجنون أو المعتوه والمخرج على الأصل من وجوب اعتبار تصرفاته في هذه الفترة باطلة لانعدام الإرادة ، فيجعل لهذا المتعاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنون أو المعتوه (١) .

### ٣٠٠ - السفه والغفلة

يقصد بالسفه التذير والسرف في انفاق المال على غير ما يقضى به العقل (٢) . ويقصد بالغفلة سهولة التردى في الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الراجح والخاسر من التصرفات (٣) .

#### ( ١ ) نقص أهلية السفه أو ذى الغفلة في الأصل بالحجر عليه :

نظرا لأن السفه والغفلة لا يعتبران مدممين للعقل أو التمييز ، بل يهيئان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فإن القانون يحد كلا من السفه وذى الغفلة في الأصل ناقص الأهلية ( م ٤٦ مدنى ) ، ويسوى بذلك بينه وبين الصبي المميز في الحكم . وعلى ذلك ، تكون تصرفات السفه وذى

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٦ - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ - سمس الدين الوكيل ، ص ٨٠ و ٨١ - أنور سلطان ، ج ١ فقرة ٦٥ - إسماعيل شامخ ، مرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ .

نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ المشار إليه في الهمشي السابق .

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء إلى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلبه أو قرار الحجر تقع باطلة حتى ولو كان الجنون أو العته غير شائع أو كان الطرف الآخر على غير بينة منه ، وذلك على أساس انعدام الإرادة ( عبد الحميد فرج الصمدة ، فقرة ١٠٤ - عبد الفتاح ) . عبد الباقي ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ - ١٠٧ ) .

ولكن أنظر في انتقاد هذا الرأي : كتابنا سابق الذكر ، حميش «٩» ص ٨١١ - ٨١٢ . منصور عطفي منصور ، حميش ص ١٧٨ .

(٢) أنظر نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض ، السنة الثامنة ، رقم ٦٩ ، ص ٦١٩ .

(٣) أنظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، المجموعة المسالفة الذكر ، السنة السادسة ، رقم ٤٩ ، ص ٢٨٦ .

الفلة صحيحة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وتكون باطلة بطلانا مطلقا اذا كانت ضارة ضررا محضا ، وتكون باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للإبطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

غير أنه لما كان السفه والفلة عارضين طارئين خلافا للأصل من اكتمال الأهلية منذ بلوغ سن الرشد ، فإن أثرهما فى الانتقاص من الأهلية يعد كمالها - كآثر الجنون والعته فى اعدام الأهلية - لا يتحقق الا بقرار يصدر من المحكمة بالحجر على السفه أو ذى الفلة (١) وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) . ويعتد المشرع فى ذلك - كما يعتد فى شأن الجنون والعته - بتسجيل طلب أو قرار الحجر ، بحيث لا تأخذ تصرفات السفه أو ذى الفلة المحجور فى مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبي المميز الا اذا صدرت منه بعد تسجيل طلب الحجر أو بعد تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب (م ١/١١٥ مدني ، وم ٢/١٠٢٨ مرافعات) . فما يصدر منها بعد هذا التسجيل ، يكون صحيحا اذا كان نافعا نفعا محضا ، وباطلا بطلانا مطلقا اذا كان ضار ضررا محضا ، وقابلا للإبطال اذا كان دائرا بين النفع والضرر .

أما تصرفات السفه أو ذى الفلة المحجور التى تصدر قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فتعتبر كلها فى الأصل صحيحة . ولكن حماية مال السفه أو ذى الفلة من نفسه أو من الغير ، يقتضى الخروج على هذا الأصل ، بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للإبطال على حسب الأحوال رغم وقوعها قبل هذا التسجيل ، فى مواجهة التعاقد معه سىء النية الذى يقصد بالتعاقد استغلال حالته من السفه أو الفلة أو يبيت به معه التوفى من آثار الحجر المتوقع تحايلا وتواطؤا على حكم القانون .

---

(١) أنظر فى اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية وبخاصة فى اختلاف أبى حنيفة والصاحبين حول جواز الحجر على السفه أو ذى الفلة البالغ :  
أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٢ - ٥٢٦ . - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ و ٢٤٠ . - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١١٢ - ١١٥ . - محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، ص ٣٢٠ - ٣٢٢ .

لذلك قضى المشرع بأن التصرف الصادر من السفينة أو ذى الغفلة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر « لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » ( م ٢/١١٥ مدني ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات ) . وعلى هذا النحو ، لا يكفي لبطلان أو إبطال تصرفات السفينة أو ذى الغفلة المحجور الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالة السفينة أو الغفلة أو حتى علم المتعاقد معه بهذه الحالة ، بل يجب أساساً أن توافر الاستغلال من جانب الأخير لهذه الحالة وأما قيام التواطؤ بينه وبين السفينة أو ذى الغفلة على تمكنه من التهرب مقدماً من آثار الحجر المرتقب (١) .

## ( ٢ ) الخروج على أصل نقص أهلية أو ذى الغفلة المحجور :

إذا كان مقتضى الأصل اعتبار السفينة أو ذى الغفلة المحجور ناقص الأهلية على النحو السالف ذكره ، إلا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الأصل في الحالتين الآتيتين :

( ١ ) أجاز القانون للسفينة ولذى الغفلة المحجور عليهما الإيصاء (٢) بشرط الحصول على إذن من المحكمة ( م ١/١١٦ مدني ) ، وذلك رغم أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً مما كان ينبغي معه اعتباره - طبقاً للأصل - باطلاً بطلاناً مطلقاً . وبذلك تأخذ وصية السفينة أو ذى الغفلة المحجور استثناء حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال إذا صدرت منه دون إذن من المحكمة .

---

(١) أنظر تقضى ٢٨ نيسان ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٢٠ ، ج ١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٨٢ ، حيث يقرر الحكم أنه « يكفي ... لإبطال التصرف الصادر من السفينة قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - اجتماع هذين الأمرين ، بل يكفي توافر أحدهما » . والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات « تتبادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة » . أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفينة الحجر عليه فيصعد إلى التصرف في أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب » .

(٢) يقرر النص كذلك صحة الوقف الصادر من السفينة أو ذى الغفلة المحجور متى أذنته المحكمة فيه . ولكن لم يبد متأنيب اليوم هذا التصرف من جانب ، لأن الأصل في إباحته له وقفه على نفسه في حياته أولاً ، وقد ألغى آخر نظام الوقف على غير الخيرات ( في هذا الحثي : محمد سامي مذكور ، ص ١٠٩ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٨١٨ ) .

( ٢ ) أجاز القانون للسفيه ولذی الغفلة المحجور عنیهما مباشرة أعمال الإدارة إذا أذن لهما من المحكمة فی تسلیم کسل أو بعض أموالهما لإدارتها ، فتكون لهما إذن أهلیة أداه كاملة فی شأن هذه الأعمال علی التخصیل الذی سبق بیانه فی أهلیة القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالإدارة (١) ( م ٦٧ من قانون الولاية علی المال ) .

وإذا كان المشرع یقتصر علی التصریح بالخروج علی أحصل نفس أهلیة السفيه أو ذی الغفلة المحجور فی الحالتین المتقدمتین ، فیجب أن لا یتدخل من ذلک أن الخروج علی حکم الأصل فی شأنه قاصر علی هاتین الحالتین وحدهما . إذ یمکن عن طریق القیاس الاعتراف للسفيه أو ذی الغفلة بأهلیة أداه كاملة فی الحدود المعترف للصبی المیز بها ، الا حیث یتصذر هذا القیاس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبی مع حالة السفه أو الغفلة .

ولذلک نرى أنه یمکن للسفيه أو ذی الغفلة أهلیة التصرف - کالصبی المیز عموما - فیما یخص له من مال لأغراض تفقته وفق إبرام عقد العمل الفردي ، وأهلیة التصرف - کالصبی البالغ السادسة عشرة - فیما یمکنه من عمله من أجر أو غیره . ولکننا لا نرى تسوية السفيه أو ذی الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حیث جواز الإذن له من المحكمة بمباشرة التجارة (٢) ، لتنافي حالة السفه والغفلة تنافيا تاما مع ما تقتضیه التجارة من استقامة واعتدال التدبیر وحسن النظر إلی الأمور .

---

(١) ولكن یرامی أن الاذن بالإدارة للسفيه أو ذی الغفلة المحجور لا تملكه الا المحكمة وحدها طبقا لمصریح نص المادة ٦٧ من قانون الولاية علی المال ، بينما یمکن الاذن بالإدارة للصبی البالغ الثامنة عشرة الول أو المحكمة علی السواء ( م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية علی المال ) .  
(٢) انظر عکس ذلک :

مصطفى کمال طه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٦ .

### الوجه الثالث موانع الأهلية

#### ٣٠١ - طبيعة موانع الأهلية وتعدادها

إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يحجر عليه من بعد لعارض من عوارض الأهلية المتقدم ذكرها ، فيظل على حاله من كمال أهلية الأداء . غير أن ثم ظروفًا قد تقوم فتنته منعا كليًا أو جزئيًا - رغم كمال أهليته - من إمكان مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لذلك يجعل القانون لمثل هذا الشخص نائبًا يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتها .

وموانع الأهلية ثلاثة : مانع مادي هو انفية ، ومانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية ، ومانع طبيعي هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسماني شديد . ولا تنتقص هذه الموانع من كمال تمييز أو إرادة من تقوم به . ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو الصاعقة المزدوجة أو الضعف الجسماني كامل الأهلية كما يقضى الأصل ، وإن امتنعت عليه مباشرة أهليته وأجراء التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . فنعرض فيما يلي لهذه الموانع على الترتيب المتقدم .

#### ٣٠٢ - المانع المادي بالفيقة

يقضى قانون الولاية على المال بأن تقيم المحكمة وكيلًا عن الغائب كامل الأهلية أو تثبت وكيله العام القائم متى كانت قد انقضت مدة ستة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ، نى حالة ما إذا كان مفسودًا لا تعرف حياته أو ماته ، وفي حالة ما إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم في الخارج واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينبيه في ادقتها ( م ٧٤ و ٧٥ ) .

فالفية التي يتحقق بها مانع الأهلية<sup>(١)</sup> قد تكون اذن غيبة يعتبر فيها الغائب في حكم المفقود الذي لا تعلم حياته من ممانه ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، ما دامت انقضت في الحالتين مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة . اذ في الحالة الأولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شئونه ، ولكنه لا يتوافر في الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التي تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من انا به في مباشرتها ورعاية شئونه .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يقوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضى تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه ، فإن العيبة تنتهي هي واثارها بزوال سببها ، سواء بعودة الغائب أو توصله من بعد - رغم استمرار الغيبة - الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينوبه في ادارتها . وكذلك تنتهي الغيبة اذا لم بعد لها محل ، سواء بموت الغائب ، أو بالحكم - اذا كان مفقودا - باعتباره ميتا ( م ٧٦ من قانون الولاية على المال ) .

### ٣٠٣ - المانع القانوني بالحكم بعقوبة جنائية

تنص المادة ٢٥ / رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأمواله وأملاكه . ويكون له تعيين قيم تقرأ المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذي مصلحة في ذلك . وقضا: عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية بمباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة ، وكل تصرف يبشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

(١) ظهر أن الغيبة لا تعتبر من موانع الأهلية الا اذا كان الغائب في الأصل كامل الأهلية . لأنه لو كان عديها أو ناقصا لكانت الولاية على ماله ثابتة من الأصل لولى أو وصي أو قيم ، فلا يوجد رغم الغيبة التي ما يمنع من مباشرة شئونه ، اذ يباشرها عنه الولي أو الوصي أو القيم ( في هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٠ ص ٣٤٤ - كتابنا مسلف الذكر .  
فقرة ٣١٢ ، ص ٨٢١ و ٨٢٢ ) .

فالحكم بعقوبة جنائية اذن مانع قانوني يمنع المحكوم عليه بها من مباشرة أعمال الإدارة الا بواسطة قيم ، ومن مباشرة أعمال التصرف الا باذن من المحكمة، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته، اذ مناط الأهلية كمال التمييز والارادة وهما لا يزالان سليمين لم يؤثر نهما صدور حكم بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كمعقوبة تبعة على المحكوم عليه بعقوبة الجنابة وحدها دون عقوبة الجنحة أو المخالفة ، نظرا لخطورة جريمته وعقوبتها . بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانونية دون رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للسكن من الثوب والشجاعة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هذه المحكمة أن قيام هذا المانع واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبة واستمرار هذا التنفيذ ، ولذلك يرتفع هذا المانع بالأفراج عن المحكوم عليه ولو أفرجا شرطيا (١) ، فتد إليه أمواله ويقدم له القيم حسابا عن إدارته .

#### ٣٠٤ - المانع الطبيعي بالمهتين أو العجز الجسماني الشديد

وقد يكون الشخص مصابا بمهتين اثنتين من عاهات ثلاث هي الصمم والبكم والعصى ، بحيث تنعقد عليه الإحاطة الكاملة بكل ظروف التعامل الواقعية أو التعبير عن إرادته على الوجه الذي يفهم به عنه فهما صحيحا مما قد تتأثر به أمواله ومصالحه . أو قد يكون مصابا - رغم خلوه من هذه العاهات - بعجز جسماني شديد، كشلل في لسانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن "فراده - على هذه الحال - بالتصرف في ماله . فمثل هذا الشخص أو ذاك ، رغم كمال أهليته الذي لا تنتقص منه العاهة المزروجة أو العجز الشديد لأن تمييزه وإرادته يظلان سليمين لا تشوبهما بسبب ذلك شائبة ، يكون في وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية في شأن ما يلزمه إجراؤه من تصرفات قانونية . من أجل ذلك ، يقرر القانون جواز إقامة مساعد قضائي يكون بمثابة عون له في إجراء هذه التصرفات ، بما يضمن إحاطته بمناصر الواقع إحاطة تامة والتعبير عن إرادته تعبير حقيقيا صحيحا . اذ تنص المادة ١١٧/١ من التقنين المدني

(١) انظر كتابنا مدلف الذكر ، ص ٨٢٤ .

عليه أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أو أعمى أبكم ، ونعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحة فيها ذلك » . وكذلك تقضى المادة ٢/٧٠ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائي « إذا كان يخشى من أفراد الشخص مباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد » .

وعلى هذا النحو ، لا يكفي توافر عاهتين في الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولا توافر العجز الجسماني الشديد عنده لتعيين مساعد قضائي يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتماع العاهتين أو قيام العجز الشديد أن يعتذر على الشخص التعبير عن إرادته أو يخشى من أفراد هذا التعبير . فالأمر هنا يتعلق بمانع من الأهلية لا بمعارض ينتقص من كمالها . ولذلك ليس ثم ما يدعو الى تعيين مساعد قضائي لشخص ذي عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد ، إذا كان يظل - رغم العاهة أو العجز - مستطيعا في أسر الإحاطة بظروف الواقع والتعامل والتعبير عن إرادته تعبيرا حقيقيا صحيحا ، اذ لا يقوم حينئذ خطر على أمواله ومصالحه من أفراد مباشرة التصرفات القانونية .

فإذا قدرت المحكمة تعذر تعبير ذي العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد عن إرادته بحيث يخشى من أفراد مباشرة التصرفات القانونية ، تعين له مساعدا قضائيا يعينه على هذه المباشرة . غير أن المحكمة لا تقرر المساعدة القضائية في كل التصرفات ، وإنما فحسب في تلك التصرفات التي تقتضي مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها ( م ١/١٧٧ مدني (١) ) .

---

(١) إذا كان قانون الولاية على المال بعد التصرفات التي تقررها فيها المساعدة القضائية بالتصرفات المنصوص عليها في المادة ٢٩ منه وهي التصرفات التي لا يجوز للموصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ( م ١/٧٠ ) ، وليس المقصود بذلك الإقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضي مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها بحيث يدعى بذلك من إقامة الدلائل في شأنه على توافر هذه المصلحة . ولذلك ليس ثم ما يمنع في غيرها من التصرفات وحيث تختلف هذه القرينة . من تحليل عبء إقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة في مباشرتها كذلك ( انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢٥ و ٨٢٦ - رحن انظر عكس ذلك : اسماعيل غانم ، ١٩٥٨ ، ص ٢٦٥ ) .



والمساعد القضائي - على خلاف الول أو الرضى على القاصر أو القيم على المحجور - لا يباشر منفردا تصرفات ذى المساعدة المزدوجة أو المعجز الجسماني الشديد نسيابة عنه وانما يباشرها بالتعاون والإشتراك معه ، فهو ليس بنائب وانما هو معاون ، ولذلك لا تصدر التصرفات التى تنقرر بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما بانفراده ، ولكن تصدر منهما معا . ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائي بمباشرة تصرف من التصرفات القانونية محل المساعدة ، لا يجعه نافذا فى حق ذى المساعدة المزدوجة أو المعجز الشديد . وكذلك فانفراد ذى المعاهتين أو المعجز بمباشرة تصرف من هذه التصرفات ، يجعله قابلا للإبطال لمصلحته اذ وقع التصرف بعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، أما اذا وقع التصرف قبل هذا التسجيل ، فلا يكون قابلا للإبطال الا اذا كان المتعاقد مع ذى المعاهتين أو المعجز سىء النية ( م ١١٧/٢ مدني و م ١٠٢٨ مرافعات ) .

وإذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذى المعاهتين أو المعجز الشديد فى إجراء التصرفات التى تنقرر المساعدة بشأنها ، الا أن للمحكمة أن تأذن بانفراد أحدهما بالتصرف فى حالة امتناع الآخر : فلها أن تأذن المحكوم بمساعدته بالانفراد بالتصرف اذا كان امتناع المساعد فى غير محله ، ولها أن تأذن المساعد بالانفراد بالتصرف<sup>(١)</sup> اذا كان امتناع المحكوم بمساعدته عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر ( م ٧١ من قانون الولاية على المال ) .

وإذا كان المانع من أهلية ذى المعاهتين أو المعجز عجزا جسمانيا شديدا لا يتحقق الا بقرار من المحكمة بالمساعدة القضائية ، فهو كذلك لا يرتفع الا بقرار منها يرفع المساعدة .

---

(١) اذا أذنت المحكمة المساعد القضائي بالانفراد بإجراء تصرف من التصرفات المقررة فيها المساعدة أصلا ، فمعتبر المساعد حينئذ - يقتضى هذا الإذن - نائبا عن ذى المعاهتين أو المعجز فى شأن هذا التصرف وحده . وليس مجرد معاون له كما هو دوره الأصل . فتكون له إذن - خلافا للأصل - ولاية بالتمنى الدقيق على مال ذى المعاهتين أو المعجز الشديد ( انظر كتابنا مسالك الذكر ص ٨٢٩ و ٨٥٤ ) .

## الطلب الثاني

### أحكام الولاية على المال

#### ٣٠٥ - أهلية الأداء والولاية عموما

وقفنا فيما تقدم على أهلية الأداء باعتبارها قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تغييرا منتجا آثاره القانونية لحسابه وفي ذمته . وتبيننا وجود أشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها اما لصغر في السن أو لعارض من العوارض التي تصدم التمييز والإرادة أو تنتقص منهما ، وأشخاص كامل الأهلية ولكن تمنعهم موانع من مباشرة أهليتهم سواء كانت موانع مادية أو قانونية أو طبيعية ، بحيث تكون قدرة أولئك هؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية اما منعدمة واما محدودة واما ممتنعة . لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرة عنهم ولحسابهم بحيث تنصرف اليهم فتنتج آثارها في ذمتهم ولحسابهم لا في ذمة أو لحساب من لهم ولاية مباشرتها . ومن هنا كانت الولاية بوجه عام هي قدرة أو سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم ولحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو كاملها ممن تقوم بهم بعض موانعها وبما ينتج آثارها في حقهم (١) ، والولاية على هذا النحو ، تفرق عن أهلية الأداء التي هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لنفسه ولحسابه وبما ينتج أثرها في حقه وذمته (٢) .

#### ٣٠٦ - حصر البحث في الولاية على المال - التنظيم التشريعي لها ، ومنهج البحث فيها

إذا كانت الولاية هي قدرة شخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير ، فقد تكون هذه

---

(١) انظر في المعنى الفقهي للولاية عند فقهاء الشريعة الإسلامية باعتبار أنها « تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى » : أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٢ .

وقارن : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ١٤٨ و ١٤٩ .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٢٩٠ ، و فقرة ٢٩١ ، ص ٥٧٣ - ٥٧٤ .

الولاية ولاية على النفس وقد تكون ولاية على المال • والولاية على النفس تكون في الامور المتعلقة بشخص المولى عليه ، كولاية التعلیم والحضانة وولاية الزوج (١) • أما الولاية على المال ، فتكون في الامور المتعلقة بمال المولى عليه • وسوف تقتصر في هذا المقام على دراسة أحكام الولاية على المال دون أحكام الولاية على النفس ، اذ لنولاية على النفس من الخصوصية ما يدخلها أساسا في دراسة مسائل الأحوال الشخصية وبصفة خاصة في دراسة الزواج وآثاره •

وقد جرى المشرع المصري على تنظيم أحكام الولاية على المال بقوانين خاصة منفصلة عن التقنين المدني ، ولذلك اكتفى التقنين المدني الحالي بالاحالة الى هذه القوانين (م ٤٧) • وقد كان قانون سنة ١٩٢٥ ومن بعده قانون سنة ١٩٤٧ اخصا بالحكم الحسبية هو الذي ينظم شئون هذه الولاية ، تنظيمًا قضى به على ما كان قائما من قبل من تعدد القوانين المطبقة في هذا الشأن باختلاف ديانات وملل المحصوم ووجد أحكامها بالنسبة اليهم جميعا • ثم حل المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ « بأحكام الولاية على المال » محل قانون « المحاكم الحسبية » في شأن الأحكام الموضوعية لهذا التنظيم • أما الاجراءات المتعلقة بالولاية على المال ، فقد نظمها المشرع في الكتاب الرابع الذي أضافه الى تقنين المرافعات الملغى رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ( المواد من ٨٥٩ - ١٠٣٢ ) وهو الكتاب المخصص للاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية • ورغم صدور ونفاذ تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، فقد استبقى هذا التقنين جل أحكام الكتاب الرابع المذكور ( المواد من ٨٦٨ - ١٠٣٢ ) (٢) لتظل تحكم الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ومن بينها اجراءات الولاية على المال •

---

(١) بدران أبو العينين بدران ، الفقه القارن للأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والفقه المصري والقانون ، ج ١ ، الزواج والطلاق ، ١٩٦٧ ، بيروت ، ص ١٢٥ •  
وأنظر كذلك : أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٢ - ٥٣٦ • - عبد الوكيل خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الفريعة الإسلامية ، ص ٥٨ - ٦٥ - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ - ١٦٩ •

(٢) م ١ من قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد •

وسوف تقتصر على بحث الأحكام الموضوعة للولاية على المال ، مراعية في ذلك التقسيم الطبيعي للولاية تبعا للمحل عليه ، اذ الولاية تثبت اما على مال القصر واما على مال البالغين المحجورين لجنون أو عا أو سفه أو غفة واما على مال كامل الأهلية ممن يقوم بهم مانع من موانعها ، فنمض لسلك من هذه الأنواع الثلاثة من الولاية على التوالى .

### الوجه الأول

#### الولاية على مال القصر

#### ٣٠٧ - أصحاب الولاية على مال القصر ، ومرتبهم

اذا كان من لم يبلغ سن الرشد يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها تبعاً لانعدام تمييزه أو ابتدائه دون اكتمال بحيث يفقد القدرة على مباشرة كل أو بعض التصرفات القانونية بنفسه وحسابه ، فيحتاج إذن الى من يباشر عنه هذه التصرفات بما ينتج أثره في ماله ودمته أى الى فرض الولاية على ماله وابتعاد ولى يرعى شئونه ويباشر تصرفاته .

والولاية على مال القصر تثبت اما للولى واما للوصى . و « الولى » بالمعنى الضيق هو اصطلاح شاع اطلاقه فى فقه الشريعة الاسلامية على الأب والمجد الصحيح وهو أبو الأب ، وورثناه عنه ، أما « الوصى » فهو غير الأب أو المجد الصحيح ، الذى يولى على مال الصغير القاصر اما بالاختيار من قبل الأب وإما بالتعيين من قبل المحكمة .

وقد اتبع قانون الولاية على المال مذهب الحنفية فى ترتيب أصحاب الولاية على مال القصر (١) : فتثبت هذه الولاية أولا للأب فهو أولى من غيره بها ، ثم تثبت من بعده لوصيه المختار احتراماً لارادته التى عبر عنها قبل وفاته باختياره ، ثم تثبت من بعده الوصى المختار للجد الصحيح أى لأبى الأب ، ثم تثبت من بعده ذلك لمن تعينه المحكمة من الأوصياء . اذ تقضى المادة الأولى من قانون الولاية على المال بأن « للأب ، ثم للجد الصحيح اذا لم يكن

الأب قد اختار وصيا ، الولاية على مال القاصر • وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة • • وتقتضى المادة ٢٩ منه بأنه « إن لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين المحكمة وصيا • • » .

وإن تعرض للأولياء على مال القاصر بهذا الترتيب ، وإنما تعرض أولا للولي بالمعنى الضيق ثم للوصى ، لأن سلطات الولي - رغم بعض التفاوت فيها بين الأب والجد الصحيح - أوسع نطاقا ومضى من سلطات الوصى سواء كان مختارا من الأب أو معيناً من المحكمة ، نظرا لما يفترض فى الولي من شفقة بالصغير قد لا تتوافر فى الوصى •

#### ٣٠٨ - ولاية « الولي » أى الأب والجد الصحيح

( ١ ) ثبوت الولاية : الأصل فى الولاية على مال الصغير القاصر ثبوتها للأب أولا ، والا فتثبت للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا على مال ابنه • والولاية تثبت على مال القاصر - سواء للأب أو للجد - بقوة القانون دون حاجة الى صدور قرار من المحكمة بتعيينه أو تشييته ولها على ابنه أو ابن ابنه القاصر ، لأنها ولاية طبيعية مفروضة يحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة • بل إن ثبوت الولاية على هذا النحو ، لا يجعلها حقا للأب أو الجد فحسب ، بل يفرضها كذلك واجبا عليه بحكم مركزه العائلي بالنسبة الى ابنه أو فرعه الصغير ، ولذلك يقضى قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية إلا بإذن المحكمة ( م ١ ) •

ومن البديهي أنه لا يتصور ثبوت الولاية للأب أو الجد على مال ابنه أو ابن ابنه القاصر إلا إذا كان هو نفسه كامل الأهلية فى شأن ما يباشرة نيابة عن القاصر من تصرفات ، ولذلك تنص المادة الثانية من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » • ويبدو من ذلك أن النظر الى أهلية الأب أو الجد لا يكون نظرا عاما الى كل حقوق الولاية وإنما نظرا خاصا الى كل منها على حدة ، ولذلك إذا كان الولي أهلا لمباشرة بعض هذه الحقوق دون بعض ، تبقى ولايته فيما هو أهل لمباشرة ، أما ما ليس له أهلا

فتقيم المحكمة وصيا خاصا لمباشرته ( م ٣١ و ) .

والأصل أن الولاية متى ثبتت للأب أو للجد ، فهي تثبت له على كسـ  
أموال القاصر ، ولكن المشرع يستثنى من ذلك ما يتبرع به للقاصر من مال اذا  
رغب المتبرع فى اخراجه من ولاية الولي ، اذ تنص المادة الثالثة من قانون  
الولاية على المال على أنه « لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق  
التبرع اذا اشترط المتبرع ذلك » ، وحينئذ تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية  
على هذا المال وإدارته ( م ٣١ د ) .

( ٢ ) **سلطات الولي وواجباته** : تنحصر وظيفة الولي فى رعاية أموال  
القاصر وإدارتها والتصرف فيها على النحو الذى يحدده القانون ( م ٤ ) .  
وتفرض عليه هذه الوظيفة وتمطيه الحق فى القيام عن الصغير بما يعجز عن  
القيام به من تصرفات نظرا لانعدام أو نقص أهليته . وقد حدد القانون مدى  
ولاية الولي وسلطاته على مال القاصر أو قدرته على القيام عنه بهذه التصرفات ،  
مراوفا فيها بين الضيق والاتساع بحسب طبيعة التصرف من ناحية وبحسب  
كون الولي هو الأب أو الجد الصحيح من ناحية أخرى ، فالتصرفات ليست  
سواء من حيث تقع القاصر أو ضرره ، والأب بالنسبة الى الصغير أحنى وأشفق  
عليه من جده . وقد ساوى القانون بين الأب والجد فى ولاية مباشرة التصرفات  
النافعة نفعا محضا والتصرفات الضارة ضررا محضا على السواء ، ولكنه فاوت  
بينهما فى صدد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك على النحو التالى :

١ - **التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر** : للولي - أبا كان أو جدا -  
سلطة مباشرة هذه التصرفات . ولكن لا يجوز له قبول هبة أو وصية للصغير  
محملة بالتزامات معينة الا بإذن المحكمة ( م ١٢ ) .

٢ - **التصرفات الضارة ضررا محضا بالقاصر** : ليس للولي - أبا كان  
أو جدا - مباشرة هذه التصرفات فى الأصل ، ولكن استثناء من ذلك ، أجاز  
له المشرع التبرع من مال القاصر فى حدود أغراض معينة وتحت رقابة المحكمة  
اذا نص على أنه لا يجوز له هذا التبرع « الا لأداء واجب انسانى أو عائلى وبإذن  
من المحكمة » ( م ٥ ) .

٣ - **التصرفات الناتجة بين النفع والفرد للقاصر :** يفرق المشرع في شأن هذه التصرفات بين ما يتعلق منها بأعمال الإدارة وما يتعلق بأعمال التصرف .

أ - فما يتعلق منها بأعمال الإدارة : يملكه الأب والجد على السواء كقاعدة عامة ، وإن كان لا يجوز لأى منها بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة ( م ١٠ ) ، ولا الاستمرار في تجارة آلت الى القاصر الا باذن من المحكمة ، وفي حدود هذا الاذن ( م ١١ ) .

ب - وما يتعلق منها بأعمال التصرف ، فولاية الأب في شأنها أوسع من ولاية الجد نظرا لموقور شفقتة على الصغير : اذ يكون للأب في الأصل ولاية التصرف في أموال القاصر ، ولا يستثنى من هذا الأصل الا بعض أعمال التصرف الهامة المحددة على سبيل الحصر فلا يملك السولى مباشرتها الا باذن المحكمة ، وهي التصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه ( م ١/٧ ) (١) واقراض مال الصغير واقتراضه ( م ٩ ) . وأما الجد فهو على خلاف الأب ، اذ ليست له ولاية التصرف في أموال الصغير القاصر الا باذن المحكمة ( م ١٥ ) .

ولكن اذا كانت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد في شأن التصرف في مال القاصر على هذا النحو ، فاستثناء من هذا الأصل يستوى الأب والجد في ضرورة استئذان المحكمة والخضوع لاشرافها في التصرف فيما يؤول الى القاصر من مال موروث أو من المورث بعدم تصرف الولى فيه ( م ٨ ) ، اذ في ذلك تحقيق لرغبة المورث ورعاية لمصلحة الصغير على السواء بتقييد الولى باذن المحكمة واخضاع اتمامه للتصرف لاشرافها ورقابتها . كما يستويان في أنه لا يجوز لأى منهما أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة (٢) ، ولا ... أن يرهن عقار

(١) ولكن « لا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن الا اذا كان التصرف من شأنه جمل أموال القاصر في خطر » أو كان فيه فتن يزيد على خمس القيمة « ( م ٢/٧ ) .  
(٢) اذا أذنت المحكمة بهذا التصرف ، فيكون لها أن تصحح وصيا خاصا يتطابق مع الأب « ( م ٢/٢٦ ب ) .

القاصر لدين على نفسه « (م ٦) ، وذلك بقصد تنزيه الولي ودفع شبهة استقلاله القاصر وتبريض ماله للخطر أو محاباة نفسه أو زوجه أو أقاربها على حسابه ، خاصة وأن الأمر يعنى عقارا للقاصر لا منقولا والمشرع ما يزال متأثرا بالتقليد الجارى على اعتبار المقاربات اكبر في القيمة الاقتصادية من المنقولات .

وإذا كان الأصل أن المشرع يمنح الأب ثقة وسلطات أكبر مما يمنح الجد لافتراضه زيادة شقيقته على الصغير وإيثاره له ، فإن هذه النظرة المتفاوتة الى الأب والجد على هذا الأساس هي التي تكمن وراء كل الفروق الأخرى بينهما في السلطات وفي المسئولية على السواء .

فمن ذلك أن المشرع ، يجهز للأب وحده استثناء<sup>(١)</sup> - دون الجد - د أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك « (٢) (م ١٤) .

وكذلك ما يقضى به المشرع من إعطاء الأب - دون الجد - الولاية الكاملة للتصرف في المال الذي تبرع به لابنه ، دون اضطرار لاستئذان المحكمة أو التزام بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣) .

وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصي « (م ٢٤) حتى عن الخطأ العادي اليسير ، إذ لا يتفق ومقام الأب من ابنه أن يقف أمامه موقف المسئول عن خطأ يسير .

**( ٣ ) رقابة الولي :** رأينا أن الولي ينضج لرقابة المحكمة وضرورة استئذنها في بعض التصرفات ، وإن كان الأب يتمتع على الجد بقسنة التصرفات التي يحتاج الى إذن المحكمة في مباشرتها . وتفاوت مدى خضوع

---

(١) الاستثناء هنا من الأصل المقرر وهو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه باسم الأمسبل (م ١٠٨ مدني) .

(٢) كمن المادة السادسة من قانون الولاية على المال التي سبقت الإشارة اليه .



الأب والجد للرقابة يتبدى كذلك من ناحية المسئولية والحساب ، فقد اشترنا الى أن الأب لا يسأل الا عن الخطأ الجسيم ، بينما يسأل الجد حتى عن الخطأ اليسير ، مما يجعل الرقابة على الجد أشد منها على الأب . وكذلك اذا انتقضت الولاية بينو غ القاصر ووجب رد أمواله اليه ، فعليه الأب عن ذلك يكون أيسر من حساب الجد ، إذ الأصل أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر الا اذا كان ريع مال موهوب للقاصر لفرض معين كالتمليم أو القيام بحرفة أو مهنة ( م ٢٥ / ٢ ) ، بينما يحاسب الجد نفس حساب الوصي ( م ٢٦ ) .

وفيما عدا هذه الحالات ، يتساوى الأب والجد من حيث الرقابة . ولذلك فقدم ابداع الأب أو الجد قائمة بمال القاصر أو ما يؤول اليه منه أو تأخيره في الايداع ، قد تعدد المحكمة من قبيل تمرير مال القاصر للخطر ، وهو ما يعطيها سلطة الحد من الولاية أو ساطة سلبها في الأحوال الخطيرة ( م ٢٠ ) ، وحينئذ لا تعود الولاية الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الاسباب التي دعت الى سلبها أو الحد منها ( م ٢٣ / ١ ) .

( ٤ ) **وقف الولاية وسلبها وانقضاؤها** - رأينا فيما تقدم أن رقابة المحكمة للولي قد تؤدي بها الى الحد من ولايته أو سلبها ، حيث يؤدي بسوء تصرفه أو تقصيره الى تمرير أموال القاصر للخطر ( م ٢٠ ) . وكذلك يرتب المشرع على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير (١) سقوطها أو سلبها كذلك بالنسبة الى المال (٢) ، إذ ما دام ليس مؤتمنا على نفس الصغير فلا يؤتمن كذلك على ماله .

وقد لا تسلب الولاية بل توقف فحسب بقرار من المحكمة اذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة

---

(١) انظر في أسباب سلب الولاية على النفس م ٢ و ٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس .

(٢) م ٢٢ من قانون الولاية على المال ، و م ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢  
صالح الفكر .

( م ٢٦ ) ، اذ يقوم به حينئذ مانع من موانع الأهلية لا يتصور معه بقاء ولايته .  
والولاية تقترض في الولي الأهلية الكاملة دون مانع .

وكما تسلب الولاية أو توقف بقرار من المحكمة ، لا تعود كذلك إلا  
بقرار منها بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى السلب أو التوقف .

وبذا استمرت الولاية قائمة فلم توقف أو تسلب لما ذكرنا من أسباب .  
فإنها تنقضي بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشد ، ما لم تحكم المحكمة  
قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه بعد هذا البلوغ ( م ١٨ ) ،  
لبلوغه مجنوناً أو معتوهاً أو سفهاً أو ذلاً غفلة (١) . وعلى الولي أو ورثته رد  
أموال القاصر إليه عند انقضاء الولاية أو قيمة ما تصرف فيه منها باعتبار  
القيمة وقت التصرف ، مع مراعاة ما تقدم من عدم محاسبة الأب - على خلاف  
المجد - عما تصرف فيه من ربح مال القاصر ( م ٢٥ ) .

### ٣٠٩ - ولاية الوصي

( ١ ) تعيين الوصي : الوصي هو كل شخص غير الأب أو المجد تثبت له  
الولاية على مال الصغير القاصر ، سواء بالاختيار من قبل الأب (٢) أو بالتعيين  
من قبل المحكمة . والوصي المختار أو وصي الأب مقدم - كما رأينا - على المجد .  
بينما يتقدم المجد على وصي المحكمة . ولذلك تثبت الولاية على مال القاصر عند  
عدم وجود الأب لوصيه المختار حتى مع وجود المجد ، فإذا لم يكن الأب قد  
اختار وصياً فالولاية للمجد إذا وجد ، فإن لم يوجد تؤول الولاية إلى من تعيينه  
المحكمة وصياً .

وعلى خلاف الحال بالنسبة للولي بالمعنى الضيق أي الأب أو المجد الذي  
تثبت له الولاية بقوة القانون دون تعيين أو تثبيت من المحكمة ، لا تثبت

---

(١) انظر سابقاً ، ص ٥٨٢ - ٥٨٤ .

(٢) يقصر القانون حق اختيار وصي على الأب وحده ، فليس للمجد اختيار وصي يحل محله  
بعد وفاته على مال ابن ابنه خلافاً لما ينصب إليه فقهاء الحنفية خاصة ( انظر : محمود سعد الدين  
الشريف ، الرسالة السابقة ص ١٢٩ - ١٣٦ ) - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق .  
ص ٢٥٩ ) .

الولاية للوصى الا بقرار بالتعيين أو التثبيت على حسب الأحوال ، فالوصى المختار من قبل الأب لابد أن تعرض وصايته على المحكمة لتثبيتها (م ٢٨/٤) ، وأما وصى المحكمة فظاهر أنه لابد من دستور قرار من المحكمة بتعيينه (م ٢٩) .

وإذا كان للأب اختيار وصى لابنائه القاصر أو حتى للحمل المستكن (م ٢٨/١) ، فيشترط أن ينبت الاختيار ب ورقة رسمية أو عرقية مصدق على توقيع الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بأعضائه ، ويجوز للأب في أي وقت أن يعدل عن اختياره (م ٢٨/٢ و ٣) .

وإذا كان الأصل أن ولاية الوصى عامة على كل أموال القاصر ، فقد تدعو الضرورة إلى أن تقيم المحكمة - إلى جوار الولي أو الوصى العام - وصيا خاصا تحدد مهمته تحديدا دقيقا تقصر بمقتضاه ولايته على بعض أموال القاصر أو بالنسبة إلى تصرفات معينة بالذات . ويتحقق ذلك بخاصة : حيث تستلزم الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال ، أو حيث يكسبون الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية ، أو حيث يحتاج الأمر إلى التولية على مال آل القاصر بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولي أو الوصى العام إدارته (١) ، أو حيث تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة الوصى أو زوج أحدهما أو أحد أصوله أو فروعه أو قاصر آخر مشمول بولايته أو وصايته (م ٣١) . وكذلك يجوز للمحكمة تعيين وصى خصومة خاص إذا كان القاصر طرفا في خصومة ولو لم يكن له مال (م ٣٣) . ففي كل هذه الحالات يكون وجود وصى خاص ضمانا قويا أكيدا لرعاية مصلحة القاصر بوجه عام وحمايته من استغلال الولي أو الوصى بوجه خاص .

وظاهر من ذلك أن ولاية الوصى الخاص - على خلاف ولاية الوصى العام - يكون بقاؤها مؤقتة ومرتها بانتهاء العمل الذي أقيم لمباشرة . وتكون الوصاية كذلك مؤقتة - حتى ولو لم تكن خاصة من حيث المال أو التصرف - حيث يعين

(١) إلا إذا كان المتبرع غير أقيم وصيا مفيدا ، فنعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها . كما هو الشأن في الوصى المختار من الأب (م ٢٨) .

« ويؤقت » من قبل المحكمة ، إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر ، أو وقف الوصي أو حلت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته ( م ٣٢ ) .

( ٢ ) **واجبات الوصي :** يفرض القانون على الوصي واجبات معينة ضمانا لحسن أدائه وظيفته ورعايته أموال القاصر . أهمها وجوب تسلمه أموال القاصر وقيامه على رعايتها باذلا في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور ( م ٣٦ و ٨٦ ) حتى ولو كان غير مأجور الوصاية ، أى باذلا في ذلك عناية الرجل المعتاد ( م ٢/٧٠٤ مدني ) لا مجرد العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ولو كانت أدنى من عناية الرجل المعتاد كما هو شأن قريبه الوكيل غير المأجور ( م ١/٧٠٤ مدني ) .

و ضمانا لأموال القاصر وهي تحت يد الوصي من تقصيره في حفظها ، يكون للمحكمة أن تزم الوصي بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها ، ولكن على أن تكون مصروفات تقديم هذه التأمينات - كمصريف ما يقدمه الوصي من رهن رسمي - على حساب القاصر ( م ٣٧ ) .

وعلى الوصي أن يمرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ ، وأن يتبع في شأنها ما تأمر به المحكمة ( م ٤٢ ) .

وعلى الوصي كذلك ، إذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه أو كانت أقل من ذلك حسيما تتطلب المحكمة ، تقديم حساب سنوي قبل أول يناير مؤيدا بالمستندات عن أدبرته . وفي جميع الأحوال ، يجب على الوصي الذي يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته ( م ٤٥ ) .

( ٣ ) **سلطات الوصي :** من الطبيعي أن يضيق المشرع من سلطات الوصي أكثر مما يضيق من سلطات الولي نظرا لصلة الدم الوثيقة المباشرة بين الولي وبين القاصر . ويستوى في ذلك أن يكون الوصي مختارا من الأب أو معينة مباشرة من قبل المحكمة .

ويتساوى الوصي في سلطاته مع الأب والمجد في شأن التصرفات النافذة

نمّا محضاً والتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فهو مطلوباً يملك مباشرة  
التصرفات النافعة نمّا محضاً (٢) ، ولا يملك في الأصل مباشرة التصرفات  
الضارة ضرراً محضاً إلا لأداء واجب استثنائي أو عائلي وبإذن من المحكمة  
( م ٢٨ ) .

ولكنه يختلف عن الأب والجد على السواء في شأن مباشرة التصرفات  
الدائرة بين النفع والضرر . فالقاعدة أن الوصي لا يملك مباشرة هذه التصرفات ،  
سواء منها ما تعلق بأعمال التصرف أو بأعمال الإدارة ، إلا بإذن من  
المحكمة (٢) ، ولكن استثناء من هذه القاعدة ثبت له - دون استئذان المحكمة -  
ولاية مباشرة بعض أعمال الإدارة القليلة الأهمية ، كإيجار عقار القاصر مدة  
لا تتجاوز ثلاث سنوات ، أو الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل  
بأعمال الإدارة (٣) . وبذلك يتبدى الفارق الكبير بين سلطات الوصي وسلطات  
الأب بخاصة في هذا الشأن ، إذ بينما يملك الأب في الأصل مباشرة أعمال  
التصرف وأعمال الإدارة على السواء دون استئذان المحكمة ، يتقيد الوصي في  
الأصل بهذا الاستئذان في شأن مباشرتها . أما الفارق بين سلطات الوصي  
وسلطات الجد ، فلا يبدو إلا في شأن أعمال الإدارة وحسبها ، حيث تضيق  
سلطة الوصي فيها عن سلطة الجد إذ الأصل هو قدرة الجد على مباشرتها دون  
استئذان المحكمة وتقيد الوصي - إلا فيما يستثنى - بمثل هذا الإذن ، أما  
أعمال التصرف ، فسلطتهما واحدة في شأنها ، إذ ترتب مباشرة من أيهما  
بإذن المحكمة .

---

(١) ولكن لا يجوز للوصي - كأول - أن يقبل تبرعاً للصغير - حية كان أو وصية - إلا  
كان مقترناً بشرط أو محلاً بالتزام . أو يرفضه ، إلا بإذن المحكمة ( م ٣٦ / تأسما ) ، إذ بذلك  
يصير هذا التبرع في حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تقيد مباشرة الوصي لها في  
الأصل باستئذان المحكمة .

(٢) أنظر في اختلاف هذا الحكم عن فقه الشريعة الإسلامية وفقه الجنتية خاصة ، وتبريره  
مع ذلك :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

(٣) فصل المادة ٣٦ من قانون الولاية على المال الأصل الذي ذكرناه من تقيد سلطات  
الوصي في شأن مباشرة أعمال الإدارة وأعمال التصرف بإذن المحكمة إلا ما يستثنى ، بصناد  
التصرفات التي ترتب مباشرة الوصي لها بهذا الإذن .

( ٤ ) **رقابة الوصى :** أخضع القانون الوصى لرقابة محكمة من قبل المحكمة : فمن ذلك أن القانون يبقى بيد المحكمة زمام الإذن للوصى في كافة التصرفات الا القليل النادر المستثنى المتعلق ببعض أعمال الإدارة كما سلفت الإشارة . وأن الوصى يلتزم - طبقا للقانون أو لما تلزمه به المحكمة - بتقديم حساب عن إدارته . وفي حالة ما إذا قصر الوصى في أداء الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون أو وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة ، فللمحكمة سلطة الحكم عليه بفراصة<sup>(١)</sup> لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره<sup>(٢)</sup> كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات . ( م ١/٨٤ )

وكذلك جعل القانون للمحكمة - في سبيل احكام الرقابة على الوصى - سلطة تعيين مشرف يراقب الوصى - ولو كان مختارا ( م ٨٠ ) - في أداء واجباته ، بحيث يجب عليه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه اليها . ويلتزم الوصى بإجابه الى كل ما يطلبه من إضاح عن إدارة الاموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الاموال . ويجب على المشرف ، اذا خلا مكان الوصى لسبب من الأسباب ، أن يطلب الى المحكمة اقامة وصى جديد ، ويكون له - الى أن يباشر هذا الوصى عمله - أن يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر ( م ٨١ ) .

( ٥ ) **انتهاء الوصاية :** تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بزوال السبب المفروضة من أجله ، أى ببلوغ القاصر الخاضع لها إحدى وعشرين سنة غير محكوم قبل هذا البلوغ باستمرار الوصاية عايه بعده ( م ١/٤٧ ) لجنون أو عته أو سفه أو غفلة<sup>(٣)</sup> . هذا في شأن الوصاية العامة ، اما في شأن الوصاية

---

(١) ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الفراصة أو جزءا منها ( م ٢/٨٤ ) .

(٢) الاصل ان الوصاية تكون غير مأجورة نجدة للصغر وتطوعا لخدمته . الا اذا كان الوصى محتاجا فتلك المحكمة أن تمن له اجرا ( م ٤٦ ) . وهذا صدق دولة تعالى . ومن كان غنيا ليستغنى . ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف « ( انظر : عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٥٧ ) .

(٣) انظر سابقا ، ص ٥٨٣ - ٥٨٤ .

الخاصة أو الوصاية المؤقتة ، فتنتهى انتهاء طبيعياً بانتهاء العمل الذى أقيم الوصى الخاص لمباشرة أو بانتهاء المدة التى اقتضت تعيين الوصى للمؤقت خلالها ( م ٢٥ ) . وكذلك تنتهى الوصاية انتهاء طبيعياً بموت القاصر ( م ٤/٤٧ ) .

ولكن قد تنتهى الوصاية قبل اوان انتهائها الطبيعى اما باستقالة الوصى وقبولها ، واما بعزله بقرار من المحكمة . والمحكمة تحكم بعزله فى إحدى حالتين : اذا قام به سبب من اسباب عدم الصلاحية للوصاية ، او اذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقاءه خطر على مصلحة القاصر ( م ٤٩ ) . وكذلك تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض المدممة لأهلية الوصى أو المنتقصة منها ، أو بنبوت غيبته ، أو بموته ( م ٤/٤٧ ) . وعلى أى حال ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أو تنتقص منها ، يكون للمحكمة أن تأمر بوقفه حتى يتحدد مركزه . يصدر قرار الفصل أو بنبوت العارض ( م ٤٨ ) .

وإذا انتهت الوصاية لأى سبب من الأسباب المتقدمة ، فيجب على الوصى - خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهائها - أن يسلم بمحضر الأموال التى فى عهده ، وأن يودع قلم الكتاب مسدودة الحساب ومحضر تسليم الأموال ( م ٥٠ ) (١) . ويقع هذا الالتزام على عاتق ورثته ، أو على عاتق القيم عليه فى حال الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية ، أو على الوكيل عنه فى حال ثبوت غيبته ( م ٥١ ) .

وإذا انتهت الوصاية ، فمن الصالح عدم إطالة النزاع بشأنها . لذلك يخرج المشرع على حكم القواعد العامة ، فيقرر تقادماً قصيراً لسقوط الدعاوى الخاصة بها مدته خمس سنوات ، تحسب من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك ( م ١/٥٣ ) . وتحسب من تاريخ تقديم الحساب فى حالة عزل الوصى أو قبول استقالته ( م ٢/٥٣ ) (٢) .

---

(١) ونظر المادة ٨٨ من قانون الولاية على المال جزءاً جنائياً على الإخلال عمداً بهذا الواجب .

(٢) وقياساً على ذلك ، تحسب المدة من تاريخ انتهاء وصايته بالأسباب الأخرى : كموته =

( م ٢٩ - لدخول إلى القانون )





تختصه دون الوصي أساسيا ببسطة في سلطاته .

وتكون القوامة للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة ( م ٦٨ ) ، فالابن هنا مقدم على الأب بينما لا تتصور بداهة في شأن الولاية على القاصر ولاية للابن ، والجد يلي الأب مباشرة فلا يسبقه في المرتبة - كما في الولاية على مال القاصر - شخص مختار من الأب ، ويلى هؤلاء من تختاره المحكمة .

واستثناء من مبدأ خضوع القوامة والقضاء لأحكام الوصاية والأوصياء ، يقضى المشرع بأنه لا يعول الحكم بأفلاس الابن أو الأب أو الجد (١) أو المحكم عنه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة دون تعيينه قيما ، إذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك ( م ٦٩ ، وم ١/٢٧ و ٤ ) .

### الوجه الثالث

#### الولاية على مال ذوى موانع الأهلية

وإنما أن ثمة موانع قد تعوق الشخص كامل الأهلية من ممارسة نشاطه القانوني ومباشرة أهليته بنفسه أو بمفرده ، هي القيبة والحكم بمقوبة جنابة والعاهة المزوجة أو المعجز الجسماني الشديد . لذلك يقام وكيل عن الغائب ، وقيم على المحكوم عليه ، ومساعد قضائي لذى العاهتين أو المعجز ، ليمشرا عنه تصرفاته أو يعاونه على مباشرتها .

#### ٣١١ - الوكيل عن الغائب

سبق أن أشرنا (٢) الى أن للمحكمة أن تحكم بتعيين وكيل - أو تشييته اذا كان مقاما في الأصل - عن الغائب كامل الأهلية الذي تمضى مدة سنة أو أكثر على غيابه غيابا في معنى الفقد أو في غير معناه ، اذا أصبح مستحيلا عليه تولي شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينشيه في ادارتها بما يترتب عليه تعطيل مصالحه ( م ٧٤ ) . وبذلك تفرض المحكمة الولاية على مال الغائب بالنظر الى ما يعوق مباشرة أهليته - رغم كمالها - من مانع مادي .

(١) يقتصر الاستثناء على هؤلاء ، فلا ينصرف الى القيم الذي تختاره المحكمة من غيرهم .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٣٠٢ .

والأصل أنه يسرى على الوكالة والوكيل عن الخصائب ما يسرى على الوصاية والوصى على مال الفاسر من أحكام (م ٧٨) ، سواء من حيث الشروط اللازم توافرها فيه (م ٧٥) ، أو من حيث واجباته وسلطاته ومسئوليته (م ٨٦) ورقابته (م ٨٠ و ٨١) والجزاءات المختلفة التي توقع عليه إذا قصر في واجباته أو أوقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة أو تعمد الامتناع عن تسليم أموال الغائب لمن حل محله في الوكالة (م ٨٤ و ٨٥ و ٨٧ و ٨٨) .

وتنتهى مهمة الوكيل بموت الغائب موتا حقيقيا أو تقديريا ، أو بعودته ، أو توصله - زعم استمرار الغيب - الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينوبه في دارتها (م ٧٦) .

### ٣١٢ - القيم على المحكوم عليه بقرينة جنائية

رابعا<sup>(١)</sup> أن الحكم بقرينة جنائية يستتبع إقامة مانع قانوني لدى المحكوم عليه بها من مباشرة أهليته رغم كمالها عنده ، وهو ما يوجب تعيين قيم عليه يتولى عنه جانبا من تصرفاته القانونية . والأصل أن تعيين هذا القيم يتولاها المحكوم عليه بنفسه ، ولكن على أن تقر المحكمة هذا التعيين . فإذا لم يعين المحكوم عليه قيما ، عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تنصبه بتقديم كفالة . ويتولى القيم عن المحكوم عليه - مدة اعتقاله - أعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ، ويكون قابلا للمحكمة التي تقرته أو نصبته - وهي المحكمة المدنية الواقع في دارتها محل إقامة المحكوم عليه - في جميع ما يتعلق بقوامته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

وتنقضى القوامه على المحكوم عليه بقرينة جنائية بانتهاء مدة العقوبة أو بالأعراج عنه ، فتد امواله اليه ويقدم له القيم حسابا عن ادارته (م ٢٥/رابعا عقوبات) .

(١) انظر سابقا - فقرة ٣٠٢ -

### ٣١٣ - المساعد القضائي لذى العجز أو العجز

سبقَت الإشارة (١) الى أنه يجوز للمحكمة تقرير تعيين مساعد قضائي. لذى العاهتين أو العجز الجسماني الشديد ، اذا كان متمذرا عليه بسبب ذلك التصير عن ارادته أو كان يخشى من انفراذه ب مباشرة التصرفات القانونية ، وقلنا ان وظيفة المساعد القضائي هي معاونة ذى العاهتين أو العجز على مباشرة التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك وخاصة التصرفات التي لا يجوز للنوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة ، مما يجعل من المساعد معاونا أو شريكا لذى العاهتين أو العجز في هذه المباشرة لا نائباً عنه فيها كما هو الشأن في سائر أحوال الولاية على المال .

وإذا كان الأصل هو وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذى العاهتين أو العجز ، فللمحكمة أن تأمر بانفراد المساعد القضائي بإجراء تصرف معين اذا كان من شأن امتناع ذى العاهتين أو العجز عن المشاركة في اجرائه تعريض أمواله للخطر ( م ٣/٧١ ) ، وفي هذه الحالة يعتبر المساعد القضائي في هذا التصرف - استثناء - بمثابة نائب عن هو معين في الأصل لمساعدته وليس مجرد معاون كما هو الأصل في وظيفته ، وتكون له ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذى العاهتين أو العجز الشديد ، اذ فيها يكون له بمفرده في هذه الحالة مباشرة تصرف قانوني بما ينتج أثره في ذمة ذى العاهتين أو العجز .

وإذا كان المساعد القضائي يعتبر نائباً خلانا للأصل من وظيفته في هذه الحالة الاستثنائية ، فالقانون كذلك يعده في حكم النائب اعتباراً في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من التقنين المدني ( م ٧٣ ) ، أي من حيث امتناع تناقده بصفة عامة مع نفسه بالاشتراك مع ذى العاهتين أو العجز ، وشرائه - بصفة خاصة - ما يناط به المشاركة في بيعه بموجب المساعدة القضائية ، وعدم سريان التقادم بينه وبين ذى العاهتين أو العجز فيما يكون به أحدهما مدينا به للآخر ، وذلك مراعاة للسلسلة القائمة بين المساعد وبين ذى العاهتين أو العجز بما قد يمكن الأول من استغلال الثاني أو يقيم مانعاً أدنياً تتمذر منه مطالبة أحدهما الآخر بما عليه له من دين .

### الوجه الرابع مجاورة حدود الولاية على المسال

٣١٤ - عدم نفاذ تصرفات من له الولاية - فيما يجاوز حدودها - في حق المولى عليه

إذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص ولاية على مال عديمي الاهلية أو ناقصيه أو من تقوم بهم بعض موانعها على التفصيل السابق بيانه ، ويصير حدود هذه الولاية ، فمعنى ذلك أن قدرة من تثبت له الولاية على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال وذمة المولى عليه لا تتأني الا حيث تكون هذه التصرفات داخلة في حدود الولاية كما يرسمها القانون ، ومعنى ذلك أن ما يجاوز من هذه التصرفات حدود الولاية كما يرسمها القانون لا ينتج أثره في مال أو ذمة المولى عليه ، أي لا يكون نافذا في حقه .

وإذا كان الفرض أن مثل هذه التصرفات التي تجاوز حدود الولاية تخالف صالح المولى عليه ، فقد تكون موافقة له رغم ذلك في بعض الحالات ، وهو ما يقتضى حينئذ التمكين من بعد لانفاذها في حق المولى عنه عن طريق اقرارها ممن يثبت له القانون الحق في مثل هذا الاقرار .

ولا يتأني تحقيق ذلك عن طريق القول باعتبار هذه التصرفات باطنة بطلانا مطلقا<sup>(١)</sup> ، اذ يستحيل حينئذ تصحيحها من بعد بالاجازة رغم ما قد تحققه من صالح المولى عليه ، مما يجاوز المقصود أساسا من الولاية وهو

---

(١) انظر في ذلك :

Appel marie, B. 8, p. 296.

استئناف مصر ، ٢ فبراير ١٩٢٤ ، المجموعة الرسمية ، ص ٢٦ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٨ .  
عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، حاشي ص ٣٢٩ - أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٦٧ ، ص ٩٤ و ٩٥ - أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، فقرة ٧٤ .  
وانظر في مناقشة حجج بعض القائلين بهذا الرأي : كتابنا سابق الذكر ، حاشي ص ٩٠ ، ص ٨٥٦ .

رعاية صالح المولى عليه . وكذلك لا يستقيم القول باعتبار هذه التصرفات باطلة بطلاناً نسبياً<sup>(١)</sup> رغم ما يسمح به ذلك من امكان تصحيحها من بعد . بالاجازة ، لما يؤدي اليه ذلك من اعتبارها منتجة آثارها منذ ابرامها في ذمة المولى عليه الى ان يتم تأييدها نهائياً بالاجازة او زوالها نهائياً بالمحكم بالابطال ، وهو ما لا يتفق مع وجوب اعتبارها في الأصل غير نافذة في حق المولى عليه لمجاوزتها ما يرسمه القانون للولاية من حدود .

فالاولى اذن أن يقال ان اثر تصرفات المولى المجاوزة حدود الولاية من النفاذ في حق المولى عليه يكون موقفاً على اقرار هذه التصرفات من بعد من يملك هذا الاقرار<sup>(٢)</sup> ، سواء كان هو المحكمة او نفس المولى عليه بعد زوال الولاية<sup>(٣)</sup> . ومعنى ذلك أن مثل هذه التصرفات - على خلاف التصرفات القابلة للابطال - لا يكون لها أثر او نفاذ في ذمة المولى عليه في الأصل ، ولكن يمكن أن يتحقق لها هذا الأثر باقرارها من بعد من يملك ذلك ، أو يتأيد نهائياً انعدام أثرها بتخلف هذا الاقرار . وهي على هذا النحو ، تختلف كذلك عن التصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً التي تعتبر غير منمقة أصلاً منذ البداية فيستحيل تصحيحها بالتالي من بعد .

---

(١) انظر في ذلك :

الاحكام المشار اليها في نظرية العقد للسندوي ، الموضع السابق . - نفس ١٦ يونية ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٩ ، ص ١٢٢ . - نفس ٢١ يناير ١٩٦٥ ، مجموعة احكام النقض ، ص ١٦ ، ع ١ ، رقم ١٢ ، ص ٧٢ .

(٢) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، هامش «١» ص ٤٠١ . - سليمان مرقس و محمد علي امام ، عقد البيع و التفتين المعنى الجديد ، فقرة ١٢٨ ، ص ١٩١ - ١٩٢ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق . ، ص ٢٠٧ - ٢٠٩ .

وقارب : عبد التتم البدرى ، عقد البيع في القانون المدني ، ١٩٥٧ ، فقرة ١١٧ . ص ١٧٦ .

(٣) انظر في ذلك كتابنا سابق الفكر ، هامش «١» ص ٨٥٨ .



## الفصل الثاني

### الشخص المعنوي أو الاعتباري<sup>(١)</sup>

#### La personne morale

#### ٣١٥ - أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها

إذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هي - كما رأينا - مناط اعتراف القانون له بالشخصية ، وكان من البادئ ثبوت هذه القيمة للإنسان باعتباره الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة في الإنسان وحده وتخليها بالضرورة عند غيره . إذ ليس ثم ما يحول - ومدلول الشخصية ما قلنا - دون الاعتراف بها لغير الإنسان من الكائنات ، ما دامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامات مما يحتم اسنادها ونسبتها إليه باعتباره صاحبها<sup>(٢)</sup> .

والمواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسها تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية التي تقوم بفرض تحقيق أهداف ومصالح انسانية . ذلك أن الإنسان بمفرده أعجز - بالنظر الى حجمه المحدود وعمره الموقوت .

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

Salomon, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales, en droit privé, thèse Nancy, 1949; Personne morale. Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759 - 764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 126 - 129.

كنايتا سالف الذكر ، فترات ٣٢٥ - ٣٧١ ، ص ٨٥٦ - ١٠٠٨ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

... عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار . فصالح البشرية واستمرار وجودها منوالة دون توقف أو انقطاع ، يحصل من المعتم قيام تجمعات فردية أو مالية قوية وفائقة ، تواصل رسالتها على مر أجيال متعاقبة ، في انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يتهدد الإنسان من موت . وهو ما يتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيان مستقل عن كيان الأفراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميسدان النشاط القانوني وتصبح صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لا يتأتى إلا بإعطائها شخصية مستقلة خاصة بها .

وشرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التي تفرض الاعتراف بالشخصية لمثل هذه التجمعات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضعية ، منذ ما عرفت الدولة في القديم ووجب الاعتراف لها بدانة بشخصية ذاتية مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتها من تمثيل نفس الأمة على اختلاف حكائها وتماقب أجيالها . ثم تطور الأمر الى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الأفراد المستهدفة أو غير المستهدفة تحقيق الربح ولبعض مجموعات الأموال المرسودة على تحقيق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع في مدى هذا الاعتراف - ضيقا واتساعا - تبعا لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الأشخاص المعنوية القوية الى جانبها واستثمارها الخطر من منافستها لها وتوسعها بين الفرد وبينها ، فتاريخ الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية (١) هو تاريخ كفاح الدولة ضدها (٢) .

ولم يمن المشرع المصري أول الأمر بوضع قواعد عامة تؤصل نظرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية . ولكن التشريع المصري لم يكن يدخل على أي حال من نصوص تعتبر تطبيقات جزئية لفكرة الشخصية المعنوية ، كـ بعض نصوص التقنين التجاري ، ونصوص بعض القوانين الخاصة المطلقة بأنواع

(١) راجع في هذا التاريخ وفي تطور فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية :

كنايتا سالف الذكر ، ص ٨٦٢ - ٨٦٩ .

Morand, t. I, No. 802. (٢)



معينة من الجمعيات . غير أن القضاء المصري لم يهصر حينئذ فكرة الشخصية المعنوية في نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الأشخاص وبعض مجموعات الأموال . فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات ما دامت تهدف إلى أغراض مشروعة خاصة وإن دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات (١) ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ما عدا شركات المحاصة (٢) ، وللأوقاف (٣) . ولكنه لم يصل إلى حد إسباغ الشخصية المعنوية على المؤسسات الخاصة اكتفاء بما كان يفنى عنها من الأوقاف .

وقد حرص المشرع المصري أخيراً على تقدير هذا القضاء وإكماله بخاصة فيما يتعلق بمنع المؤسسات الخاصة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فجاء التقنين المدني الحالي متضمناً تنظيمًا عامًا يحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ويبين أنواعها المختلفة ، وتنظيمًا خاصًا لأهم الأشخاص المعنوية الخاصة وهي الجمعيات والشركات والمنظمات . ثم أعاد المشرع المصري تنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة مرتين : الأولى بالتانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، والثانية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المطبق حالياً في هذا الشأن . كل ذلك فضلاً عن أحكام التنظيمات الخاصة ببعض الأشخاص الاعتبارية الأخرى وفي طبيعتها النصوص الخاصة بالشركات التجارية .

### ٣١٦ - منهج البحث

لدراسة الشخص المعنوي أو الاعتباري ، نقف أولاً على الأصول العامة التي تحكم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، ثم نبين أنواع الشخص المعنوي

---

(١) انظر : الاسكندرية المختلطة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحلطة ٥ ، رقم ١٤٩ ، ص ١٦٢ ، مصر الأهلية ( استئناف ) ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحلطة ٥/١١٨/٧٥٠ - مصر الكلية ( مسجل ) ٢٠ مارس ١٩٤٠ ، المحلطة ٢٠/٥١٤/١٢٣٢ .

(٢) انظر بصفة خاصة : نقض ٢١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر ( مدني ) ج ٥ ، رقم ٣١ - ص ٧٢ .

(٣) نقض ٢٦ إبريل ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ( مدني ) ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧ -

أو الاعتباري المخنفة عاماً كان هذا الشخص أو خاصاً • ومن ثم نقسم هذا  
الفصل الى مبحثين •

المبحث الأول - في النظرية العامة للشخصية الاعتبارية •

المبحث الثاني - في أنواع الشخص الاعتباري •

## المبحث الأول

### النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

#### ٣١٧ - تمهيد وتقسيم

إذا كان الاعتراف بوجود الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح أمراً واقعاً ومسلماً في القوانين الوضعية الحديثة ، إلا أن الخلاف ما يزال قائماً في الفقه حول طبيعة هذه الأشخاص وتكييفها ، وإن كان الراجح - كما سنرى - أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فإنها في طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المحتوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينها في التكوين ، مما يظهر أثره خاصة في كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها وأهليتها وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طرق انقضاءها وتحللها .

ولذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالي :

- المطلب الأول - في طبيعة الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثاني - في ابتداء الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثالث - في مدى الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الرابع - في مميزات الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الخامس - في نشاط الشخصية الاعتبارية .
- المطلب السادس - في انقضاء الشخصية الاعتبارية .

## المطلب الأول

### طبيعة الشخصية الاعتبارية

#### ٣١٨ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته

احتدم الجدل في الفقه حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية . بحيث تنازعته نظريتان متعارضتان : الأولى ترى في هذه الشخصية مجرد افتراض وحيلة صناعية ، والثانية ترى فيها حقيقة من الحقائق الثابتة . وليس مثل هذا الخلاف - كما قد يبدو في الظاهر - خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحية العملية . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفاوت إلى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع إزاء الأشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها ، وإمكان تقرير أو عدم تقرير مبدأ مسئوليتها الجنائية والمدنية ، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسباب ونتائج انقضاءها (١) .

فنعرض أولا لنظرية الشخصية الافتراضية (Théorie de la personnalité fictive) ثم لنظرية الشخصية الحقيقية (Théorie de la personnalité réelle) لنرى من بعد - على ضوء تقدير النظريتين - جوهر حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومقوماتها .

#### ٣١٩ - نظرية الشخصية الافتراضية (٢)

( ١ ) عرض النظرية : تقوم هذه النظرية على أن الإنسان وحده هو الذي

---

(١) انظر في ذلك :

Boudant et Votrin, t. IV, No. 242.

(٢) راجع ، صفة خاصة ، في عرض هذه النظرية وتقدمها :

Saleilles, pp. 208 - 209. — Roguin, t. II, Nos. 711 - 714, pp. 375 - 379. —

Bonnetcase, t. IV, Nos. 61 bis et s. — Michoud, t. I, Nos. 6 - 15 bis,

pp. 16 38. — Boudant et Votrin, t. IV, No. 242. — De la Grassaye et

Laborde-Lacoste, No. 390. — Mascand, t. I, No. 908. — Marty.

et Raynaud, t. I, No. 1048.

محمد عبد الله العربي ، الفقه الإداري الحديث وتصويره للدولة ونشاطها القانوني ، مجلة

القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٩٤ - ١١٨ ، انظر : ص ١٠٠ - ١١٠ .

نبت له الشخصية في نظر القانون . وإذا كان القانون ، فضلاً عن ذلك ، يعترف - في أحوال معينة - لغير الإنسان بالشخصية فيدخلها على جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال حتى يثبت لها صلاحية في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فإنما يتوصل إلى ذلك - تحقيقاً لهذا الغرض - عن طريق حيلة صناعية بحث وافتراض قانوني محض ، بتشبيه هذه الجماعات من الأشخاص وتلك المجموعات من الأموال بالإنسان ، رغم ما في ذلك من مخالفه واضحة لحقائق الواقع . وبذلك لا يكون لمثل هذه الأشخاص المعنوية وجود حقيقي كالإنسان ، وإنما يكون إلبا مجرد وجود صناعي من خلق القانون . فالحق عند هذه النظرية قدرة إرادية لدى صاحبه ، بحيث لا يتصور نبوت الحق إلا للإنسان وحده باعتباره - بحسب طبيعته - الكائن الوحيد ذا الإرادة ، مما يجعل اثبات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير الإنسان مجرد تحايل من قبل القانون يسبق على الشخص المعنوي أو الاعتباري إرادة لا يشتها له الواقع .

والنظر إلى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجرد خلق صناعي وافتراض بحث لا يستند إلى حقيقة واقعة ، يولد عند أنصار هذه النظرية نتائج عملية معينة ، منها انشلاق يد المشرع وسلطانة في أمر الشخصية الاعتبارية . بحيث يكون هو المتحكم في منحها أو منعها ، وهو صاحب القول الفصل في بقائها إن شاء مد في حياتها وإن شاء أنهأها . ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتباري وحصر أهليته في نطاق لا تعدوه هو نطاق الغرض من وجوده ، وهو ما يعني تخصصه بهذا الغرض وحده . ومنها كذلك امتناع تقرير مسئولية الشخص الاعتباري الجنائية والمدنية على السواء ، لأن القصد الجنائي والخطأ الشخصي - وهما يتطلبان الوعي والإرادة والادراك - لا يتصور نسبتهما إلى شخص وهمي افتراضي لا وجود حقيقي له (١) .

---

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في تفصيل النتائج المتفرعة عن نظرية الافتراض :

Saleilles, pp. 312 - 380.

عبد الله العربي ، المقالة السابقة ، ص ١٠٩ - ١٠٥ .

(٢) **تقدير النظرية :** واضح أن هذه النظرية تقوم على مقدمات غير مسلمة . فالقول بأن الإنسان وحده هو الذى ثبت له الشخصية فى القانون . باعتبار ذلك من قبيل المسملمات البديعية المحتومة . قول يعوزه الدليل ويصح لذلك نمته بما ينعت به الشخصية المعنوية من افتراض . وهو أنما يقوم على خطأ ظاهر يتبغى توقيه ، كما سبق البيان ، بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس . بينما انبأت أن مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلولها الفلسفى أو النفسى . إذ يتسع للإنسان ولغير الإنسان . وكذلك تستند هذه النظرية الى تعريف خاص للحق بأنه قدرة ارادية ، ليس هو التعريف السائد ولا المقبول .

وكذلك يؤخذ على هذه النظرية خطرها النتائج التى يحتملها منطقيا . فهى حين تنظر الى شخص الاعتبارى بوصفه شخصا وهميا افتراضيا . لا تحل المشكلة النفسية التى تختفى وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهى مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لأشياء غير مملوكة لإنسان بعينه . كما هى الحال فى صورة جماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ، أو هى تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المسألة هو ذلك الشخص الاعتبارى الافتراضى الذى لا وجود حقيقى له ، وهو ما معنى فى الواقع أن هذه الأشياء سائبة غير مملوكة لأحد (١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن منطق هذه النظرية فى إطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا . وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . وإذا كان بعض أنصار هذه النظرية يتحايلون - لتفادى هذه النتيجة - بالقول بأن الدولة شخص معنوى حقيقى لأن وجودها ضرورى محتوم (٢) ، ففى ذلك التضياء على النظرية (٣)

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, t. No. 8, p. 19.

(٢) أنظر فى الإشارة الى هذا القول وإلى أصحابه :

Bonnecase, t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

(٣) Michoud, t. I, No. 12, p. 28.

واستقامة منطلقها (١) .

وإذا كانت هذه النظرية تنقذ - على هذا النحو - الأسس المسلمة وانطلق السليم وتفضي الى نتائج غير مقبولة أو واقعية ، فهي حقيقة اذن بما يخطئه الفقه الحديث تجاهها من رفض وإعراض .

٣٢٠ - نظرية الشخصية الحقيقية

إذا كانت النظرة الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بوصفها شخصية وهمية افتراضية أمراً غير مقبول ، فإن جمهور الفقه الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية المعنوية بوصفها حقيقة واقعية . وليس معنى هذا أن الاتفاق سائد حول مفهوم هذه الحقيقة وجوهرها ، فأنصار الشخصية الاعتبارية الحقيقية في اتفاقهم على الصفة الحقيقية لهذه الشخصية ونفى الصفة الافتراضية عنها يختلفون بعد ذلك في تصوير هذه الحقيقة أشد الاختلاف ، مما أدى الى ظهور نظريات مختلفة في هذا الشأن .

( ١ ) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية :

يوجد اتجاه كبير يدارل تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحذاء حقيقة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، أما بادعاء وجود تكوين عضوي في الشخص المعنوي مماثل للتكوين العضوي أو الحيوي للانسان ، وأما بادعاء وجود ارادة جماعية في الشخص المعنوي مقابلة للارادة في الشخص الطبيعي .

١ - النظرية العضوية أو الحيوية Théorie organique ou biologique (٢) :

لا ترى هذه النظرية فارقا في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كلاً واحداً ، اذ الأفراد المكونون للشخص الاعتباري هم خلايا هذا الجسم الواحد التي تؤلف وجوده وتخلق حياته .

(١) انظر كتابنا سابق الذكر ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٨٧٦ و ٨٧٧ .

(٢) راجع في عرض هذه النظرية وانتقادها .

Skellien, pp. 527, 528. — Michoud, t. I, Nos. 32 - 35. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

١ م ٤٠ - المجلد الى القانون )

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازي محض وليس بالتصوير الحقيقي . فضلا عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجمعا كلا أو جسما واحدا لقيام الشخصية قول غير صحيح على إطلاقه ، فالحيوانات والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لا تتمتع بالشخصية في نظر القانون .

٢ - **نظرية الإرادة** : ترى هذه النظرية أن للشخص الاعتباري إرادة جماعية واحدة مستقلة عن إرادات الأشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهو ما يكفي لاسباغ الشخصية عليه كما تكفي الإرادة عند الإنسان لذلك (١) .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الإرادة وتعلقها بالشخصية بالتالي على وجود الإرادة أو امكان ظهورها ، ناشيء من أخفها الحق على التعريف التقليدي من أنه قدرة أو سلطة إرادية ، وهو تعريف بين الفساد كما سبق البيان . وكذلك يعيب هذه النظرية أنها تحاول أن تخلق تماثلا أو تطابقا بين الشخص المعنوي أو الاعتباري والشخص الطبيعي في الشخصية الفلسفية أو الأخلاقية أو النفسية من حيث الإرادة خاصة (٢) ، رغم أن هذا التماثل أو التطابق مستحيل بين الشخصين وأن الإرادة ليست مناط الشخصية كما سبق البيان .

(٢) **نظرية الصلابة الجماعية** : تربط هذه النظرية - التي تروج عند جمهور الفقه الفرنسي الحديث (٣) - بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية بتعريف الحق

---

(١) راجع بخاصة في عرض هذه النظرية وانتقادها :

Sakellian, pp. 504 - 536, 538 - 540 - Michoud, t. I, Nos. 38 - 44. - Clements, pp. 62 et s.

كتابنا سابق الذكر ، ص ٨٩٠ - AAA .

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, No. 42. - Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

إسماعيل غانم ، ص ٢٢٠ .

Michoud, t. I, 32, 33. - Capitant, No. 160. - Boudant (٣) et Voinet, t. IV, No. 262. - Collin, Capitant et De Du Morandière, t. I, No. 365. - Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 71.



بأنه مصلحة يحميها القانون ، فتؤسس هذه الشخصية على وجود مصلحة جماعية (intérêt collectif) مستقلة عن المصالح الفردية . ومنطق هذه النظرية أنه إذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس يحتم أن تكون هذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيين ، بل قد توجد مصالح جماعية تتبلور في تنظيم معين يوفر لها كيانا مستقلا عن المصالح الفردية للأعضاء الداخلين في هذا التنظيم أو المنتفعين به ، فحينئذ تكون جديرة بحماية القانون ، وتكون حقوقا جماعية مستقلة يمكن نسبتها الى شخص جماعي مستقل .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية نظرية الارادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيمة الفاشلة لاثبات شخصية فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من حيث التكوين العضوي أو الارادي ، إلا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون ، لابد وأن تتعرض لما يتعرض له هذا التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الإشارة إليها (١) . وفضلا عن ذلك ، فإن ربط الشخصية بهذا التعريف يقود منطقا الى حصر الشخصية في صاحب المصلحة أو المتمتع بالفائدة والمنفعة ، وهو ما يكثف عن أن الشخصية يجب أن تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها ككل واحد مستقل ولتن للأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو المنتفعين بهذه المجموعات ، لأن المنفعة والتمتع إنما يعود اليهم وحدهم في نهاية المطاف لا الى هذه الجماعات أو تلك المجموعات (٢) . وكان الاعتراف لهذه الجماعات أو المجموعات ككل بشخصية معنوية أو اعتبارية مستقلة ليس في الواقع إذن الا افتراضا مضحا يستر حقيقة الواقع .

### ( ٣ ) النظرية الاجتماعية أو نظرية التنظيم (٣) : تنص هذه النظرية

---

(١) راجع سابقا ،قرة ٢٢٨ .

(٢) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

(٣) راجع في ذلك بخاسة :

لتفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي وما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة . وهي تنقد بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة ، وتطليها كيانا أو هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجي<sup>(١)</sup> .

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لها التحقيق والاستمرار في المحيط الاجتماعي تكون شخصا معنويا وبالتالي شخصا قانونيا . فتم نظم يمكن تسميتها « النظم الاشياء » (institutions - choses) ليست بأشخاص ، لأنها - رغم اعتبارها فكرة تبيش وتتحقق في المحيط الاجتماعي - لا تولد كيانا أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها . فالقاعدة القانونية مثلا إذا كانت نظاما يعيش في المجتمع حول فكرة أساسية موجهة ، إلا أنها لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وإنما تتوصل إلى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة . ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الاشياء<sup>(٢)</sup> .

وإنما يصير النظام شخصا أو يدخل مرحلة التشخيص المعنوي فالقانوني<sup>(٣)</sup> ، إذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتي في المجتمع وتنظيم معين

---

= Hauriou, *Les sources du Droit*, 1903, *La théorie de l'institution et de la fondation*, pp. 30 - 128. — Renard, *La théorie de l'institution*, 1900 ; *La philosophie et l'institution*, 1909. — Delos, *La théorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, *Arch. de Phil. du droit et de soc. juridique*, 1961, Nos. 1 - 2, pp. 97 - 159.

(١) ترجع البعور الأولى لهذه النظرية إلى الفقه الألماني . وإن كان ينشأ كنظرية متكاملة . قد تم في الثلث الأول من القرن الحالي على يد جانب من الفقه الفرنسي الحديث . وهي تنسب فيه خاصة إلى « هوريو » ، إلا أن فكرتها قد أنشأها من قبل « سال » (Saville, pp. 608, 609) ثم فصلها وبسطها من بعد « رينارد » و « ديلا » .

ويأخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، انظر :

شفيق حسانة ، *فكرة ١٢٢* - عهد المحي جيلزي ، ص ١٦٨ و ١٦٩ .

(٢) Hauriou, *op. cit.*, p. 97.

(٣) ترى هذه النظرية أن الشخصية القانونية ليست إلا تسمية عن الشخصية المعنوية في المحيط القانوني ، أو هي أسلوبها القانوني (Hauriou, *op. cit.*, p. 127)

يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة ، وبانتماج واتحاد جماعة من الأفراد - الأعضاء أو المنتفعين - مع هذه الأجهزة في هذه الفكرة . فالدولة مثلا تعتبر من هـ النظم الأشخاص (institutions - personnes) (١) ، لأن الفكرة الموجهة - وهى حماية مجتمع وطنى - لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتى مستقل هى الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة - كالأجهزة لتنفيذ والتشريع - لتحقيق هذه الفكرة في اتحاد وتعاون مع المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين في هذه الفكرة .

فاجتماع هذه العناصر الأساسية اللازمة للشخصية من شأنه أن يصير الفكرة كأنها اجتماعيا متميزا ، له وعى بقاته ويصر بصيره وأهدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقاءه محققا غاياته بوسائله وأجهزته الخاصة ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته (٢) .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض ، وأن مقياس الشخصية المعنوية أو الاعتبارية فيها ما يزال يفتقد دقة التحديد (٣) . وأن الفصل بين هـ النظم الأشياء ، و هـ النظم الأشخاص ، فصل تحكمى يوزع الوضوح والتبرير على السواء .

وإذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الأخرى بناء الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على نسق وحداء شخصية الإنسان الى حد التطرف العكسى غير المقبول في محاولة بناء شخصية الإنسان نفسها على نسق وحداء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك نظاما من النظم

---

Hauriou, op. cit., p. 90. (١)

(٢) انظر في بيان ذلك : كتابنا سابق الذكر ، ص ٨٩٥ و ٨٩٦ .

(٣) في هذا المعنى :

Marty et Raymond, t. I, No. 1040, p. 1264.

ولذلك يميل عليهما بعض الفقهاء (Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72)

عجزها عن تفسير علم تمتع الأسرة بالشخصية ، وهى نظم من أكثر النظم متانة واستقرارا .

التي تقوم على فكرة موجبة معينة يعمل في خدمتها ولتحقيقها تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة (١) ، إلا أن هذه النظرية في حقيقة الأمر ما تزال تنمور في الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص المعنوي على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم في الكائن الاجتماعي وعيا بذاته وبصره بأهدافه وتحكما في وسائله بما يحقق الغاية المرجوة .

### ٣٢١ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الأساسيتان في تكوين طبيعة الشخصية الاعتبارية على اختلاف وتباين صور كل منهما . وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد فكرة الافتراض في هذا الشأن ، فلا يبقى إلا التسليم بأن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية ، ولذلك نفضل اصطلاح « الشخصية المعنوية » على اصطلاح « الشخصية الاعتبارية » الذي يستعمله المشرع المصري منذ صدور التقنين المدني الحالي بخاصة ، إذ ينطوي عليه الاصطلاح الثاني من معنى الافتراض . غير أننا رأينا أن التصورات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصورات المقتمة . من أجل ذلك ، ينبغي محاولة التماس تصوير آخر لحقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية يكون أكثر منطقا وقبولا ، باستبعاد الحقائق التي استخلصناها من مناقشة التصورات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والمدلول المحدد الذي أعطيناه للشخصية القانونية .

والشخصية في نظر القانون - كما سبق البيان - إنما تعني فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجود الحقوق له أو عليه . وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة (٢) . وواضح أنه ليس المقصود بالكائن المتميز كائنا حيا حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة ، فالحيوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لا يتمتع بالشخصية في نظر

(١) انظر في ذلك بلمحة :

Hamman, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) راجع سابقا ، ص ٥١٧ .

القانون . وانما المقصود به كل موجود له وجود ذاتي مستقل وحقيقي .  
ويجب أن يؤخذ الوجود الحقيقي بالمعنى الواسع الذى يصره الى كل وجود  
مادى أو معنوى ، لا بالمعنى الضيق الذى يقصره على الوجود المادى  
الحسى ، اذ ينبغى الحذر من الخلط بين المادة (matière) وبين الحقيقة  
(réalité) (١) ، فليست الماديات المحسوسة وحدها هى التى تتمتع بوجود  
حقيقى . ويستوى فى هذا الوجود الحقيقى أن يكون الكائن الموجود من خلق  
الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان وخدمته (٢) - كالشركات والجمعيات  
والمؤسسات - ما دام لها من الوجود والسكان المستقل ما يميزها عن كيان  
وذاوية الشركاء والأعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل كائن له وجود ذاتي مستقل وحقيقى على  
هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع - فضلا عن ذلك -  
أن يمثل قيمة اجتماعية معينة (٣) تجعله أهلا لأن يدخل فى الوجود القانونى  
كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقوق والواجبات  
أو الالتزامات . فالشخصية القانونية اذ انما تتحقق بتحويل الوجود الواقعى  
لمثل هذه الكائنات الى وجود قانونى توضع فيه على رأس حياة قانونية  
مستقلة ، ما دام أن لها من القيمة الاجتماعية ما يقتضى ويبرر مثل هذا  
التحويل . ولذلك فبعض الكائنات التى لها وجود ذاتي واقعى بل وحسى  
كالحيوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القانونى فلا تدخل فيه باعتبارها  
صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لأنه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر  
وضعها على رأس مثل هذه الحياة وجعلها مركزا وصاحبة للحقوق  
والالتزامات ، وانما تدخل فيه - بحكم طبيعتها التى تجعلها مسخرة لخدمة  
الانسان - بوصفها شيئا تابعا ومسلما وموضوعا لحقوق الأشخاص ذوى الحياة

---

(١) Dahin, p. 136

(٢) Dahin, p. 151

(٣) فى هذا المعنى :

Réglande, pp. 75 76. — Dahin, pp. 148, 149.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

### القانونية المستقلة (١) .

« فالإنسان إذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، فليس ذلك مؤسفة  
اذاً على شخصيته الفلسفية أو النفسية ولا على تكوينه المضموى أو الميوسى .  
الخاص ولا على ارادته المستكنة أو الناشطة . وإنما تثبت له الشخصية باعتبارها  
كانت له كيان ذاتى مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية ما يحتم وضعه على  
رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزاً صالحاً لأن تسند اليه مظاهر هذه  
الحياة من حقوق والتزامات . »

وكذلك الشأن فى الدولة والجمعيات ، الشركات والمؤسسات والأوقاف  
وغيرها من صور الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، فهى كائنات لها  
وجودها الذاتى والحقيقى فى الحياة الاجتماعية ، وتمثل من القيمة الاجتماعية  
ما يدخلها فى نطاق القانون صاحبة حياة قانونية مستقلة ومركزاً للحقوق  
والالتزامات أى شخصاً من أشخاص القانون . ومثل هذه القيمة الاجتماعية  
تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضاً بالضرورة .  
وهو ما يتحقق أمام ضخامة بعض الأهداف الإنسانية المشروعة ذات القيمة  
الاجتماعية أو الرغبة فى استدامتها على مر أحوال طويلة متعاقبة ، إذ يكون  
من الخطر اسناد هذه الأهداف الى كائن فردى بعينه وربط مصيرها  
بمصيره ، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونة  
وحياته الموقوتة . بل ينبغى الاعتراف لهذه الأهداف بحياة مستقلة عن  
حياته ، وقدره قوية تطاول قوته ، وهو ما لا يتأتى الا باسنادها الى هذه  
الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، التى توحد كما رأينا وجوداً حقيقياً وان  
لم يكن مادياً فى الحياة الاجتماعية ، والتى تتمتع - رغم غروجهما من تجمع  
وتكامل عدد من الأفراد أو رصد فرد أو أفراد مجموعة من الأموال على تحقيق  
هذه الأهداف - بكيان ذاتى مستقل لا يختلط بكيان وذاتية تكوينها أو  
منتشيتها من الأفراد .

ومن ذلك تنضج حقيقة الشخصية المتعوية أو الاعتبارية وقيامها على  
عنصرين أساسيين :

(١) فى هذا المعنى :

Dahin, op. cit., p. 147.

( ١ ) **الكائن الجماعي أو الاجتماعي** يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتي مستقل عن كيان وذاتية تكوينه أو منشئيه من الأفراد .  
وجود مثل هذا الكائن وجود حقيقي لا افتراض فيه ، مادامنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطلاح وعي أو تكوين عضوي أو ارادي له مماثل للإنسان .

( ٢ ) **توافر قيمة اجتماعية** لهذا الكائن ، متأتية من قيمة الهدف الذي يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردي في هذا التحقيق .

فإذا توافر هذان العنصران ، اسوى الكائن الجماعي أو الاجتماعي على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق وواجبات والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات .

ويراعى أننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ما تتفق عليه كثير من النظريات والآراء<sup>(١)</sup> من استلزام وجود تنظيم معين للشخص المعنوي يعمل في خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به . وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم ، فهو ضروري ولكن لنشاط الشخصية المعنوية لا لوجودها . وليس في ذلك غرابة ، فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من

(١) انظر في ذلك صفة خامسة :

Michoud, t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, pp. 92, 102 et s. — Bonnetas, t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Nos. 393 - 395. — Dahin, pp. 148, 149, 152.

شفيق شحاته . فترة ١١٩ و ١٢٠ - عبد القم فرج الصدة ، فترة ١١٧ - سليمان مرقس ، فترة ٢٢٧ - سمائل غاتم ، ص ٢٢١ .

تشاط اذ يتوب عنه في ذلك شخص آخر هو البرئ أو الوصي . وكذلك الحال في الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التي تتوفر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتي المستقل ذي القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز تنظيم معين يباشر عنها نشاطها .

### المطلب الثاني

#### ابتداء الشخصية الاعتبارية

#### ٣٢٢ - اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

اذ كانت شقة الخلاف النظري واسعة على ما رأينا بين نظريات الافتراض ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فلم تلبث أن انعكست على تحديد مدى سلطات المشرع ازاء الأشخاص المعنوية من حيث اكتساب شخصيتها . اذ رتب أنصار نظرية الافتراض عليها أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تكون منحة من المشرع ، بحيث تترك لمحض حريته وتقديره دون قيد أو الزام عليه في ذلك . بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ما دامت تعبر عن حقائق واقعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تفرض نفسها على المشرع بحيث لا يمكن انكارها اذا توافرت مقوماتها .

ويبدو أن من المخالفة رد أمر التقييد أو الإطلاق في حرية نشوء مثل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هذه الشخصية وعمل هي افتراضية أو حقيقية (١) ، اذ ليس من المقبول في ظل القوانين الوضعية - وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية - انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وإبتدائها كما ذهب الى ذلك بعض غلاة أنصار نظرية الحقيقة . وليس في ذلك ما يناقض ما انتهينا

(١) في هذا المعنى :

إسماعيل غانم ، ص ٢١٩ .



اليه من حقيقة هذه الشخصية ، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع إنما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنات خلقاً صناعياً من العدم في شكل منحة يفضل بها عليها . فليس تدخل المشرع مرادفاً دائماً للتسليم أو للافتراض ومخالفة الحقيقة ، وإنما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بما توافر لهذه الكائنات في الحياة الاجتماعية من وجود حقيقي يستند إلى مقومات معينة تجعلها أهلاً لأن توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات ، فهو في تدخله في اكتساب وإبداء الشخصية الاعتبارية إنما يلتزم حكم الواقع والحقيقة لا يعود إلى الاصطناع والافتراض ، فلا يقوم إذن بالخلق بقدر ما يقوم بالاعتراف<sup>(١)</sup> .

وإذا كان تدخل المشرع لازماً لاكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك أن المشرع يلتزم بهذا الاعتراف التزاماً مفروضاً ، إذ يبقى الأساس في الشخصية الاعتبارية - وهو القيمة الاجتماعية التي تعطى للكائن الجماعي صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة - أمراً نسبياً يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صوره ومدلوله والترجح بالتالي بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع - باستيعاب هذه الاعتبارات - حرية في الاعتراف غير قليلة .

وعلى كل حال ، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصر على الأشخاص الاعتبارية وحدها ، حتى يحتاج الأمر إلى إنكاره أو التجاوز عنه احتفاظاً بالشخصية الاعتبارية بصفاتها الحقيقية . فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتوقف عليه<sup>(٢)</sup> ، دون أن يمارى أحد في صفاتها الحقيقية .

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 58, p. 130.

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 58.

كل ما في الأمر أن الاعتراف بها لم يعد يثير النظر أمام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى إليه التطور من التسليم بما لكل فرد من قيمة اجتماعية تؤهل له حياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى رأسها ، خلافا لما كان عليه الحال في الشرائع القديمة حين كانت القيمة الاجتماعية قاصرة على الأحرار وحدهم دون الأرقاء . أما الشخصية الاعتبارية ، فإذا كان يلزمها اعتراف المشرع بالشخصية الطبيعية ، إلا أن هذا الاعتراف يمثل أهمية خاصة وظاهرة بالنظر إلى عدم تساوي الكائنات الجماعية من جماعات الأفراد ومجموعات الأموال الموجودة في المجتمع في التوافق على القيمة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهي نفس الأهمية التي كانت ثابتة للاعتراف بالشخصية الطبيعية في الشرائع القديمة كما أشرنا .

فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله إذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وإن كانت سلطته في الاعتراف بالشخصية الأولى أوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعي بالتحقق من هدفه وقدره في ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته إلى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين هذا الكائن وصدوره عن تصرفات الأفراد وإراداتهم التي تخضع لحكم المشرع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها (١) .

### ٣٣٣ - الاعتراف العلم والاعتراض الخاص

إذا كان تدخل القانون أو المشرع لازما على هذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وإبدائها ، فهو يتخذ إحدى صورتين : صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص .

أما صورة الاعتراف العام ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروط عامة ، إذا توافرت في أي جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال . اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون .

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 87.

دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعي سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقة التنظيم القانوني » (Système de la réglementation légale) (١) .

وأما صورة الاعتراف الخاص ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف - على خلاف الاعتراف العام - اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظام الاذن أو الترخيص » (Système de la l'autorisation) (٢) .

وظاهر أن طريق التنظيم القانوني أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص بجاه قيام الأشخاص المعنوية . ولئن كان الطريق الأخير في أصله مناسباً للنزعة الفردية بالنظر الى تركيز اهتمامها في الفرد وعدائها للجماعات التي تتوسط بين الفرد والدولة ، ومستجيباً لنوازح الحذر التقليدي عند المشرع من قيام بعض أشخاص معنوية قوية قد تشكل خطراً على الدولة ، إلا أن الحاجة اليه لم تنقطع اليوم على الأقل بوصفه طريقاً استثنائياً أو احتياطياً الى جانب الطريق الأول . إذ يمكن المشرع من مراعاة ما يلزم من بحث وتدقيق في شأن بعض الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ذات الأهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد في المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة في غير العصور التي يعرفها التنظيم القانوني المشرع وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية (٣) .

Micheoud, t. I, No. 58, p. 121. — Coulembel, Encyclopédie, t. III, No. 7, p. 780. (١)

Coulembel, Ibid. (٢)

(٣) في هذا المعنى :

وقد جعل القانون المصرى الاعتراف انعام هو الأصل ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء . فيكتفى الاعتراف العام فى شأن شخصية الدولة والمحافظات والمدن ، والقرى ، والأوقاف ، والشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات الخاصة ( م ١/٥٢ و ٣ و ٤ و ٥ مدنى ) . ونسباً عما ذكر ، لا تثبت الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى اعتراف خاص ( م ٦/٥٢ مدنى ) .

### ٣٢٤ - مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه

إذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطاً باعتراف القانون على النحو السابق . فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية اذن بتمام تكوينها وفق التنظيم القانونى فى صورة الاعتراف انعام ، أو بصدور الترخيص أو الاذن الخاص فى صورة الاعتراف الخاص ، ومعنى هذا أنه فى مرحلة تكوين الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين أو صدور هذا الاذن ، لا تثبت أى شخصية بعد فى نظر القانون .

ولكن مرحلة تكوين بعض الأشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وبخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتاً طويلاً يقوم فيه المكونون أو المؤسسون بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس وبقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقاً والتزامات يجب تحديد من تستند اليه من الأشخاص . ويتجه الفقه الحديث<sup>(١)</sup> - أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والالتزامات الى المؤسسين - الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية فى حدود غرض التكوين أو التأسيس وحده ، بحيث تستند

= المفكرة الاضاحية لاشروع التمهيدى للفقهاء المصرى الحال ، مجموعة الأعمال النظرية ، ج ١ ، ص ٣٧٢ - اسماعيل غانم ، ص ٢٢٨ .

(١) Sébég, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1903. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 92. — Mazeaud, t. I, No. 608. — Marty et Reynaud, No. 1083.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٦٥ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

اليه انتهاء مرحلة التكوين - لا الى أشخاص المؤسسين - الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس .

وأيا كان الرأي في تاصيل مثل هذا الفقه واستناده الى فكرة الإشتراط لمصلحة الغير أو الى فكرة الفضالة أو الى غيرها من الأسس ، فمن الثابت أن تم تشابها بين مركز الشخص الاعتباري في مرحلة التكوين وبين مركز الشخص الطبيعي في مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتباري في هذه المرحلة بالشخصية كما يمتد اعتراف قانون الجنين قبل ولادته بالشخصية ، على أن يتوقف مصير استناد الحقوق والالتزامات الى الشخص الاعتباري في هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد كما يتوقف مصير الحقوق المسندة الى الجنين على تمام ولادته حيا<sup>(١)</sup> . فاذا استحال مر بعد تمام تكوين الشخص الاعتباري ، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكان لم تثبت له بالتالي حقوق أو التزامات قط .

غير أن التشابه بين الشخص الاعتباري في مرحلة التكوين وبين الجنين في مرحلة الحمل لا يعنى تطابقا تاما في المركز<sup>(٢)</sup> . فيبدو أن مدى الشخصية الاعتبارية هنا أو اهلية وجوب الشخص الاعتباري في دور التكوين أوسع من اهلية وجوب الجنين ، فلا تقتصر في الأصل منها على ما يتحضى لصالحه من حقوق ، بل تنصرف كذلك الى ما قد يضره من التزامات<sup>(٣)</sup> ما دامت في حدود ويقصد التأسيس .

وجلي أي حال ، ففى نصوص القانون المصرى ما يسمح بالقول بإمكان قيام شخصية للشخص الاعتباري في دور التكوين . إذ ينص القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ فى شأن شركات المساهمة وشركات الترسية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة على أن تسري العقود والتصرقات التي أبرمها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس فى حق الشركة بعد

(١) انظر سابقا ، ص ٥٦٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1268, p. 1274.

Marty et Raynaud, t. I, p. 1274, note "1". (٣)

تأسيسها حتى كانت ضرورية لتأسيس الشركة (م ١٣) (١). وكذلك كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الملغي ينص على أن « تنقل إلى شركة القطاع العام بمجرد شهرها في السجل التجاري آثار جميع التصرفات التي أجرت لحسابها قبل الشهر، كما تتحمل الشركة جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيسها » (م ٣٦ / ٣).

### المطلب الثالث

#### مدى الشخصية الاعتبارية

#### ٣٢٥ - أهلية وجوب الشخص الاعتباري المعنوية

إذا كان من الواجب التفرقة - كما سبق البيان - بين الشخصية القانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الأولى صلاحية كائن لأن ينسب إليه الحق والالتزام بصفة عامة أي الصلاحية المجردة واعتبار الثانية هي مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات أي الصلاحية الواقعية (٢)، فمن الواضح أن الشخص الاعتباري له نفس ما للشخص الطبيعي من صلاحية مجردة لأنه صالح من حيث المبدأ مثله لأن يكون صاحب حق أو التزام فيتوافقان إذن على ذات الشخصية . ولكنهما يختلفان بعد ذلك في مدى هذه الصلاحية أي في الصلاحية الواقعية من حيث نطاق وقدر ما يسند إلى كل منهما من حقوق والتزامات بالنظر إلى ما بينهما من اختلاف التكوين والفرص . فيتفاوتان إذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب . وعلى هذا النحو ، إذا كان الشخص الاعتباري - كالشخص الطبيعي - صاحباً للحقوق والالتزامات ، فهو ليس حتماً صاحباً لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعي والتزاماته (٣) ، بل تضيق أهلية وجوبه

(١) لما طهره للمؤسسة باسم الشركة تحت التأسيس من عقود وتصرفات غير ضرورية لتأسيس الشركة ، فلا تدرى في حق الشركة بعد التأسيس إلا ما قام اعتماداً من مجلس إدارة الشركة أو من جماعة الشركاء أو بقرار من الجمعية العامة

لشركة (م ١ / ١٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١).

(٢) راجع سابقاً ، ص ٥١٨ و ٥١٩ .

(٣) في هذا المعنى :

عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي، فتقتصر إزاما عن الإحاطة ببعض ما تيسر  
له أهلية وجوب الشخص الطبيعي من حقوق والتزامات .

• وإذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتباري أضيق نطاقا من أهلية  
وجوب الشخص الطبيعي بوجه عام ، فيراعى أنه إذا كان الأصل في شأن  
الأشخاص الطبيعية هو التساوي في أهلية الوجوب إلا في حالات استثنائية  
نادرة ، فعل خلاف ذلك يكون الأصل في شأن الأشخاص الاعتبارية هو  
الاختلاف والتفاوت في أهلية الوجوب . أي أنه لا توجد في الأصل أهلية  
وجوب واحدة للأشخاص الاعتبارية - كما هو الوضع بالنسبة للأشخاص  
الطبيعية - بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة (١) ، ولذلك يقال إن  
المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعية غير قائمة بين الأشخاص الاعتبارية (٢) .  
ومرجع ذلك إلى تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتاً كبيراً وتنوعها  
فيما بينها أنماطاً مختلفة ، مما يفاوت بالتالي بينها فيما يسند إليها من حقوق  
والتزامات .

#### ٢٢٦ - قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري

قلنا إن أهلية وجوب الشخص الاعتباري محدودة بالقياس إلى أهلية  
وجوب الشخص الطبيعي بالنظر إلى ما بين الشخصين من اختلاف في  
التكوين والفرض . ومعنى ذلك أنه ترد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري  
قيود معينة لا ترد على أهلية وجوب الشخص الطبيعي . وهذه القيود يمكن  
ردها إلى نوعين رئيسيين : نوع أول يرجع إلى طبيعة تكوين الشخص  
الاعتباري واختلافه في ذلك عن الشخص الطبيعي ، إذ لا يتصور أن يسند إلى  
الشخص المعنوي أو الاعتباري ما يسند إلى الشخص الطبيعي من حقوق  
والتزامات ملازمة لطبيعة الإنسان ، ونوع ثان يفرضه مبدأ تخصص الشخص  
الاعتباري - على خلاف الشخص الطبيعي - بفرض معين يتحدد به وحده

(١) قرب من ذلك :

Morand, t. I, No. 396.

Phanot, Ripert et Savatier, t. I, No. 78, pp. 88, 89. (٢)

( م ٢٠ - المدخل إلى القانون )

ما يستند اليه من حقوق والتزامات . فنعرض لكل من النوعين من القيود فيما يلي :

#### ١ - الحقوق والتزامات اللازمة لطبيعة الإنسان : اذا كان الشخص

الاعتباري يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعي ، فواضح أن الاختلاف بينهما في طبيعة التكوين يحتم تضييق أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي واستبعاد اسناد الحقوق والتزامات اللازمة لصفة الإنسان الى الشخص الاعتباري . وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعي الذي يرد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري المادة ١/٥٢ من التقنين المدني بقولها « الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية » .

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الإنسان ، مثل تلك التي تقتض سنا أو جنسا أو قرابة (١) أو جسدا على الشخص الاعتباري . فيمتنع إذن أن يستند الى الشخص الاعتباري التزامات وحقوق الأسرة الناشئة عن الزواج ، مثل حسق الماشرة الجنسية بين الأزواج ، والسلطة الأبوية (٢) ، وحق النسب ، والطلاق والتزام بالنفقة للأولاد أو الزوجة أو المطلقة . أو أن تستند اليه الواجبات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدي للإنسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية أو حق السلامة الجسمية أو البدنية في رأى من يعمد حقا ويدرجة تحت حقوق الشخصية . أو أن تستند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية أو القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، مثل حق الإرث (٣) .

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. XII, No. 68, p. 703.

(٢) ومع ذلك ، فيبقى الفرائع الحديثة - كالتأتون الفرنسي - يتبع اثبات بعض حقوق السلطة الأبوية لأشخاص معنوية ، كمؤسسات المساعدة الاجتماعية . ولكن ظاهر أن ذلك ليس الاستثناء محضا مؤسسا على الافتراض وتقليد الحقوق المنفردة عن رابطة الدم والنسب . انظر :

Michoud, t. II, No. 214, p. 67.

(٣) ومن التجاوز في التوسع اعتبار الدولة صاحبة الحق في إرث من لا وارت له ( انظر مع ذلك : عبد الحمى حجازي ، المرجع السابق ، ص ١٧٤ ) - ذلك أن أسباب الإرث أسباب تقتض وجود إنسان ، فلا يصح تصور توارثها للشخص معنوي كالدولة - فاستثنى الدولة لثركة من =



ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتبارى بالحقوق السياسية ، وبخاصة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنها من الحقوق الملازمة لصفة الانسان (١) . ولكن الواقع أنه ليس فى طبيعة الحقوق السياسية ما يفترض حتما نسبتها الى فرد انساني ، ويجعلها من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه ، اذ هى تعبير عن المشاركة فى حكم الدولة ، وهذه المشاركة - كما تتصور من جانب الفرد - قد تتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة بخاصة من جماعات من الأشخاص ، والشرائع المختلفة تتضمن أمثلة على ذلك (٢) .

وقد اختلف فى شأن الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالى اسناده الى الشخص الاعتبارى (٣) أم لا يعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعي وللشخص الاعتبارى على السواء . ونحن نرى أن الابتكار أو الخلق الذهني - وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية - ليس إلا نتيجة وعى وتفكير عقل ، وصدى انفعال وانطباع نفسى ، وهو ما لا يتصور صادرا الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منهما والتعبير . فيكون من الافتراض وقسر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتبارى بوصفه مؤلفا يتمتع بحقوق المؤلف المعنوية كالشخص الطبيعي (٤) ، وهو على

---

١ - واذا لهُ . كما هو مفرد في القانون المصري ، لا يثبت لها الحق بملقضى حق في الارث . وانما بملقضى مالها من حق الولاية العامة على الاموال التي لا مالك لها ( في هذا المعنى : محمد سليم مدكور ، عناصر ١٩ ، ص ١٦١ ) .

(١) جميل الشراوى ، ص ١٨٦ - عهد النجاج عهد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ .  
(٢) فمن ذلك أن الولايات هي التي تمثل في مجلس الشيوخ الأمريكي ، وأن الجامعات تمثل في مجلس العموم البريطاني Michoud, t. II, Nos. 222, 224 وأن بعض الدساتير تأخذ بنسبيل المن والعرف في المجالس التشريعية ( انظر : عهد الحيد متولى ، الوسيط في القانون الدستوري ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٤ وما بعدها ) . وأن الدستور المصري لسنة ١٩٥٦ كان يجعل للاتحاد القومي حق الترشيح لمقوية مجلس الأمة ( م ٢/١٩٢ ) .

(٣) انظر بخاصة في انكار وصف المؤلف على الشخص المعنوى :  
Marty et Raynaud, t. I, No. 1056, p. 1260.

شمس الدين الوكيل - ص ١١١ و ١١٢ -  
Desholz, No. 382. (٤)

تقيضه بقتل - بحسب تكوينه - أداة ومتاع الابتكار والخلق الذهني . ومع ذلك ، فقد اعترف المشرع المصري صراحة للشخص الاعتباري بوصف المؤلف وحقوقه على المصنفات الجماعية التي يوجه وينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت إدارته ( م ٢٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ) (١) .

٢ - مبدأ التخصص : إذا كان الأصل أن الشخص الطبيعي صالح ليكون صاحباً للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتباري - على خلاف ذلك - تخصص صلاحيته لذلك دون تعميم ، فلا يصلح إلا للحقوق والالتزامات المتعلقة بفرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الفرض . ويرجع هذا الاختلاف الجوهرى ، الذى تضيق نتيجة له أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي ضيقاً كبيراً ، إلى الاختلاف المحتوم فى الفرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعي لا ينحصر فى غرض بعينه ، لأن قيمته الاجتماعية تأتية من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من أغراض مختلفة . ولذلك فالأصل أن كل الأغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لا تنافى حكم القانون (٢) . فلا تخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بفرض معين أو جملة معينة من الأغراض ، بل تتمتع لتستوعب كل غرض مشروع أيا كان هو وما يتعلق به من حقوق والالتزامات .

أما الشخص الاعتباري ، فالأصل ارتئان وجوده وقيام شخصيته بهدف معين ، مما يحدد بالتالى إطار حياته القانونية المستقلة يحدود هذا الفرض ، فيحتم تخصصه به واتصافه فيه بحيث لا يصلح مركزاً إلا لما يتعلق به

---

= وانظر كذلك : كتابنا سابق الذكر ، ص ٦٤٤ و ٩١٥ - ٩١٧ .

(١) أنظر فى ذلك : سابقاً ، ص ٢٨٧ ، ٤٨٨ ، وكتابنا سابق الذكر ص ٦٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, t. II, No. 242. — Capitant, No. 198, p. 245. — Coussin, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 36, p. 782.

وحده دون غيره من حقوق والتزامات (١) . ولذلك يخضع الشخص الاعتباري - دون الشخص الطبيعي - لبدا التخصص بفرض معين *le principe de la spécialité* ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي الطليقة المتسعة لمختلف ومتعدد الأغراض .

ومبدأ التخصص الذي يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري على هذا النحو مبدأ مسلم ، أيا كان وجه النظر في طبيعة الشخصية الاعتبارية . فأساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، ان الشخصية الاعتبارية ما دامت منحة من خلق المشرع وصنعه ، فيملك المشرع كذلك الحد من مداها وقصر ما يتفرع عنها من أهلية وجوب على القدر الضروري من منحها وخلقها . ولكن هذا الأساس يتغير بطبيعة الحال في منطق النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذ ما دامت هذه الحقيقة مرتبطة بالفرض الذي يستهدف الشخص الاعتباري تحقيقه وبما يمثل هذا الفرض من قيمة اجتماعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصار حياته القانونية في نطاق هذا الفرض وحده (٢) ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الفرض من حقوق والتزامات وتلاشيها فيما يجاوزه منها (٣) . فمبدأ التخصص لا يناقض ان ما للشخصية الاعتبارية من صفة حقيقية ، بل هو أسد منطقاً وأفضل تأصيلاً باستقراره على هذه الحقيقة من اقامته على انصفة الافتراضية المزعومة للشخصية الاعتبارية .

وقد أعلن المشرع المصري مبدأ التخصص كمبدأ (٤) ، وطبقه تطبيقات .

(١) قانون : Michoud, t. II, No. 242, pp. 128 - 129.

(٢) قرب من ذلك :

Michoud, t. II, No. 244. — Saleilles, pp. 641 - 642.

(٣) ويتفرع بعض الفقهاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعاً للاخف بنظرية الافتراض . او بنظرية الحقيقة . ان هذا المبدأ في كل نظرية الافتراض لا يقبل التوسع في تفسيره مهما يكن في كل نظرية الحقيقة .

انظر في ذلك :

Saleilles, pp. 642, 644.

وكتابتها سابق الذكر ، حاشي « ٥ » ، ص ٩١٩ .

(٤) اذ ينص على ان « للشخص الاعتباري أهلية في الحدود التي يبينها سند انشائه أو التي يقررها القانون » ( م ٢/٥٣ ب مدني ) .

- خاصة في صدد بعض الأشخاص الاعتبارية (١).

وإذا كانت الأشخاص الاعتبارية نخضع مبدأ التخصص ، فيراعى أن تخصصها يفرض معنى قد يكون تخصصاً قانونياً (spécialité légale) ، وقد يكون تخصصاً نظامياً (spécialité statutaire) ، ويتحقق التخصص القانوني نتيجة انتماء الشخص الاعتباري الى نموذج معين دون غيره من نماذج الأشخاص الاعتبارية التي يحددها القانون (٢) ، كالشركة تخصص باقتسام الربح ، والجمعية تخصص بفرض غير الحصول على ربح مادي ، والمؤسسة الخاصة تخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام . ويتحقق التخصص النظامي عن طريق النص في نظام الشخص الاعتباري على موضوع أكثر تحديداً داخل نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني (٣) ، كتخصص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، أو جمعية بإحياء التراث الأدبي القديم ، أو مؤسسة برعاية التيتامى من الأطفال أو تشجيع الطلبة المتفوقين في فرع من فروع العلم والمعرفة ، أو عن طريق التصريح في نظام الشخص الاعتباري باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة في نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني (٤) .

وإذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري على هذا النحو ، فسنرى من بعد أثره كذلك في الحد من نطاق نشاطه .

---

(١) نص المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ على أنه يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية « إذا تصرف في أموالها في غير الأغراض المحددة لها طبقاً لأغراضها » .

Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 32, 33, p. 762. — (٧)

Marty et Raynaud, t. I, No. 1098, p. 1281.

Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 41, p. 763. (٧)

Marty et Raynaud, t. I, No. 1098, pp. 1282. (٤)

## الطلب الرابع

### مميزات الشخصية الاعتبارية

٣٢٧ - تهيد

إذا كان للشخص الاعتباري من الشخصية ما للشخص الطبيعي رغم تفاوتهما في مدى أهلية الوجوب على ما بينا ، فثم مميزات للشخص الاعتباري مقابلة لمميزات الشخص الطبيعي ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطابق كامل بينهما في مدلول هذه الميزات أو في الضوابط والعناصر التي تتحدد بها ، إذ يبقى بينهما من الفروق في طبيعة التكوين والغرض ما يفرق بينهما في عناصر أو مدلول ما يتوافران عليه من نفس الميزات .

فنعرض فيما يلي لمميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لمميزات الشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن . ونعرض كذلك لما يميز الشخصية الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم أعضائها أو منشئها من الأشخاص الطبيعيين .

٣٢٨ - حالة الشخص الاعتباري

إذا كان الشخص الطبيعي - كما رأينا - يتميز بحالة معينة تحدد أساساً مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحياناً من الدين ، فواضح أن من أنواع هذه الحالة ما لا يتأتى نسبته إلى الشخص الاعتباري نظراً لاختلاف طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعي . إذ من البديهي أنه لا يتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتباري ، فهي قاصرة بالطبيعة على الفرد الانساني ، ولذلك أشرنا من قبل إلى عدم تمتع الشخص الاعتباري بما يتمتع به الشخص الطبيعي من حقوق الأسرة . وأما الحالة الدينية ، وهي تقوم على فكرة الانتماء إلى دين أو عقيدة دينية معينة ، فنوضح أنها كذلك من خصائص الإنسان وحده الذي تتوجه إليه الأديان فيرتبط بأحدها ارتباطاً إيماناً<sup>(١)</sup> .

(١) وإذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة ، فليس معنى ذلك أن للدولة عقيدة دينية وحالة دينية كالانتماء تؤثر في مدى ما تمتع به من حقوق ، وإنما المقصد من =

فتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه ينصّر توافرها  
لشخص المعنوي كالشخص الطبيعي ، ولكن مع اختلاف بينهما في مدلولها  
وعناصرها .

#### ٢٢٩ - جنسية الشخص الاعتباري (١)

يذهب كثير من أغفهاء الى انكار نيمز الشخص الاعتباري بجنسية على  
غرار الشخص الطبيعي ، ولا يرون في الجنسية المزعومة للشخص الاعتباري  
الا صدى للمحاولات الفقهية غير الموقفة لاصطناع تشابه وتماثل بين  
الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ذلك أن الجنسية هي رابطة قانونية  
وسياسية بين الدولة والأفراد المكونين لها بحيث يتحدد بها عنصر الشعب  
في الدولة ، وهو ما يجعلها عقلا قاصرة على أفراد الناس وحدهم اذ من غير  
المتصور النظر الى الأشخاص الاعتبارية بوصفها أعضاء في دولة أو جزءا من  
شعب (٢) . وكذلك فإن الجنسية انما تبني على ما يقوم بين الأفراد ووطنهم من  
روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس لثل هذه الروابط بداعة معنى أو

---

= ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذي ينتمي اليه غالبية رعايا الدولة . ولكن دون فرضه  
على من لا يدينون به من الرعايا والمواطنين . فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم من طبيعة  
الحريات الأساسية للفرد التي تلزم كل دولة باحترامها وتوفيرها للأفراد حسبما دون نقره .

(١) راجع في ذلك :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 315 - 332. — Niboyet, Cours de droit  
international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 266-272, 348-351; Traité de  
droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-79, t. II, 3e éd., Nos.  
780 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949,  
Nos 120 et s. — Lerebours. — Pigeonnière, Précis de droit international  
privé, 6e éd. 1964, Nos. 172 et s.

عن الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، ج ١ ، الجنسية والمواطن وتمتع  
الأجانب بالحقوق ( مركز الأجانب ) الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٢ - ٢٢٥ - . أحمد  
مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج ١ ، الجنسية ومركز الأجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٣٧٨-٣٧٨  
و ٤١٢ - ٤١٦ - . محمد كسبال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ١٩٥٥ ، فقرات  
١١١٧ - ١١٢٢ - . شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الأجانب في مصر ١٩٥٨ ، فقرات  
١١٨ - ٢٠٢ - .

(٢) في هذا المعنى :

Niboyet, Cours, No. 287, p. 253.

وجود بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية التي ليس لها جسم يتحمل بالالام  
أو روح يتصلق بالمثل والآمال(١) .

ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتباري على هذا النحو ، إنما يقوم  
على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعي لا يسكن ثبوتها للشخص الاعتباري  
الا على نفس العناصر وفي نفس الحدود ، وهو تماثل غير متصور التحقيق في  
العمل . لأن الشخص الاعتباري اذا كان يتوافر - كالشخص الطبيعي - على  
ذات الشخصية ، فلا يعني ذلك أنه نسخة ثانية منه . بل ان بينهما من  
الاختلاف في الطبيعة والتكوين ما يحتم الاختلاف بينهما في مدلول وعناصر  
مميزاتها المتقابلة ، دون أن يؤدي ذلك الى انكار هذه المميزات على أحد  
الشخصين دون الآخر . فليس معنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب في  
الدولة وتثبت لنفس الشخص الطبيعي وصف العضوية فيها ، أنه تنتج حتما نفس  
الآثر وتقوم على نفس العناصر بالنسبة الى الشخص الاعتباري ولا امتنع  
ثبوتها له ، فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ما هو محتوم بين  
الشخصين .

والواقع أنه رغم الاختلاف القائم بين جنسية الشخص الاعتباري  
وجنسية الشخص الطبيعي نتيجة ما بينهما من اختلاف في الطبيعة والتكوين،  
فالفكرة واحدة في الجنسيتين وهي وجود رابطة من التبعية بين الشخص وبين  
دولة معينة . ومثل هذه الرابطة قائمة في شأن الشخص الاعتباري ، وبملم  
بقيامها وضرورتها منكره ، جنسية « الشخص الاعتباري أنفسهم(٢) » ، مما  
يجعل انكارهم مجرد انكار للتسمية لا للمضمون . إذ الشخص الاعتباري  
يوصفه شخصا تتوافر له صلاحية وجوب الحقوق والالتزامات كالشخص  
الطبيعي ، لا بد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونها نظامه وضربه  
وتعديده ما يتصل به من حقوق داخلها(٣) . وتبسط عليه حمايتها خارج  
حدودها(٤) . وبذلك تكون للشخص الاعتباري جنسية تؤكده تبعيته لدولة

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 88. (١)

Niboyet, Ibid. (١)

(٢) إذ الأصل أن الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يستحقون بمفرق أكبر مما  
يستحق به الأجانب غير المرتبطين به. الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص  
الاعتباري الوطني والشخص الاعتباري الأجنبي .

Larousse-Pigeonnière, op. cit., No. 112. (٤)

«معية» سواء تبعيته القانونية في شأن خضوع نظامه ونشاطه لقانون هذه الدولة ، أو تبعيته السياسية في شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها » .

وينهب جانب من الفقه في هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الأولى هو مركز الادارة الرئيس الفعل للشخص الاعتباري وهو المعيار السائد في كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة أو الرقابة الفعلية على الشخص الاعتباري (١) .

ولكن هذه التفرقة توجد ازدواجاً غير مرغوب فيه في شأن معيار جنسية الشخص الاعتباري الوطنية أو الأجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المهيمنين عليه من الأفراد أمام استقلال شخصيته عن شخصياتهم . وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقاً ، فقد كشفت ظروف الحروب الأخيرة عن فائدتها في الكشف عن النشاط الأجنبي والمصالح الأجنبية المصادية المستترة وراء الطابع الوطني لجنسية بعض الأشخاص الاعتبارية والشركات منها بخاصة ، مما يوجب ويبرر حرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين في مثل هذه الظروف الصعبة . وانما يكون الاتجاه الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مما تتمتع به الأشخاص الاعتبارية الوطنية في الأصل من حقوق ، حيث تقتضى ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، أو قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع بأعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها (٢) .

(١) في هذا المنى :

Niboyet, *Opus*, Nos. 261 - 272 ; *Traité*, t. II, Nos. 790 et s.

عز الدين عبد الله ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ . - محمد كمال فهمي ، فقرات ٢١٨ - ٢٢٢ .

(٢) انظر في توحيد معيار جنسية الشخص الاعتباري والاعتداد بمنصر الرقابة استثناء على

هذا النحو :

Batiffol, *op. cit.*, Nos. 187, 188. — Lerebours - Pigeonnière, *op. cit.*, Nos. 174, 182, 184.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢١ و ٤١٥ و ٤٢٦ . - حسين الدين الوكيل ،

المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ .



ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسى المعنى هو المعيار الاصلى لجنسية الشخص .  
الاعتبارى ، فمقتضى ذلك ان جنسية كل شخص اعتبارى تتحدد بالدولة التى  
يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها نظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به  
الوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الأجنبية عليه بخصومه للسيطرة  
الفعلية لرعايا من الاجانب اى تأثير فى الاصل على جنسيته الوطنية . ولكن  
اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للمصالح  
الوطنى العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الاصلية وانما  
مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق .

ولا يوجد فى القانون المصرى نص عام يحكم جنسية الاشخاص  
الاعتبارية ، ولكن يمكن القول بان الاصل فيه هو الاخذ بمعيار المركز الرئيسى .  
الفعلى معيارا اصليا لهذه الجنسية (١) . والمركز الرئيسى قد يكون فى الدولة  
التي أسس الشخص الاعتبارى فيها ، وقد يكون فى غيرها . ولكن المشرع  
المصرى يحتم فى شأن الشركات المساهمة التى تؤسس فى مصر أن يكون  
مركزها الرئيسى فى مصر كذلك ( م ٤١ تجارى ) .

غير أن المشرع المصرى يعتد بفكرة الرقابة الأجنبية الاعتداد الصحيح ،  
لا لتحديد جنسية الشخص الاعتبارى ، وانما مجرد الحد من تمتعه ببعض  
حقوق الوطنيين رغم جنسيته المصرية النابتة ، وذلك فى ظروف استثنائية  
خاصة . فمن ذلك فرضه الحراسة أثناء الحرب العالمية الثانية والعدوان  
الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ على اموال الشركات والجمعيات والمؤسسات  
المصرية الخاضعة لاشراف رعايا الأعداء أو الداخلة لهم فيها مصالح  
عامة (٢) .

---

(١) انظر كتابنا سابق الذكر ، ص ٩٢٦ و ٩٢٧ .  
وقد طبق المشرع المصرى هذا الاصل بطلبه أن يكون مركز ادارة الجمعية والمؤسسة  
الخاصة فى الجمهورية العربية المتحدة ( م ٣ و م ٧٠ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ ) .

(٢) انظر فى ذلك :  
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٤٨ . - كتابنا سابق الذكر ، ص  
٩٢٧ و ٩٢٨ .

### ٣٣٠ - اسم الشخص الاعتباري

إذا كان للشخص الطبيعي - كما رأينا - اسم معين ، فكذلك للشخص الاعتباري اسم أو عنوان يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم أو العنوان عند إنشاء الشخص الاعتباري (١) .

والغالب - وبخاصة في شأن أشخاص القانون الخاص الاعتبارية - تمثيل الاسم عن الغرض الذي يستهدفه الشخص الاعتباري كما في الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة . ولكنه أحيانا - كما في شأن شركات الأشخاص - قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتباري، ولكن مضافا إليه ما ينفي النشاط الفردي ويشعر بوجود الشخص الاعتباري واستقلاله عن شخصية أعضائه .

وإذا كان اسم الشخص الاعتباري اسما يمارس التجارة تحته، فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد في المحاسن بينه وبين اسم الشخص الطبيعي اللصيق بالشخصية ، ولذلك يصبح - على خلافه - داخلا في دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلا للتصرف والاكتساب أو السقوط بالتقادم . ولكن لا يجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن المصرف في المحل التجاري المخصص له ، حماية للجمهور من اللبس والتضليل ، كما سبق البيان (٢) .

وواضح أن القانون يحمي اسم الشخص الاعتباري كما يحمي اسم الشخص الطبيعي من كل احتفال أو مزاحة فيه من قبل الغير ، فيخول الشخص الاعتباري حق طلب وقف أي اعتداء على اسمه (٣) مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

---

(١) انظر بخاصة : م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة

١٩٦٤ .

(٢) انظر سابقا م ٥٥٣ - ٥٥٤ و ٥٥٨ .

(٣) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص المعنوي - كما هي الحال في شأن اسم

الشخص الطبيعي - لا تملك على إثبات ضرر معين ( في هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، =

### ٣٣١ - موطن الشخص الاعتباري

إذا كان الموطن يحدد للشخص مقراً قانونياً يعتد بكل ما يتم أو يوجه إليه فيه خاصاً بعلاقاته ونشاطه القانوني ، فبراعى أن للشخص الاعتباري موطناً خاصاً به ومستقلاً عن موطن منشئه أو أعضائه . ويتحدد موطن الشخص الاعتباري في القانون المصري بالمحل الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي ( م ٢/٥٣ - د مدني ، وم ١/٥٢ مرافعات جديد ) . والمقصود بمركز الإدارة الرئيسي للشخص الاعتباري المركز الرئيسي لنشاطه القانوني والمالي والإداري ، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال ، فكتيراً ما يوجد الاستغلال في المكان المناسب له بعيداً عن مركز الإدارة الرئيسي . ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزاً حقيقياً لا وهمياً للإدارة (١) . وإذا كان من الممكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير إلا إذا كان تغييراً حقيقياً (٢) .

وإذا كان الشخص الاعتباري لا يباشر نشاطه في مكان واحد ، بأن كانت له فروع متعددة وممتدة في أماكن متفرقة متباعدة ، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة به . وهذا هو المقرر في القانون المصري (٣) . وعلى ذلك ، يجوز رفع الدعاوى المتعلقة بأعمال كل فرع إلى المحكمة التي تقع في دائرتها هذا الفرع ( م ٢/٥٢ مرافعات جديد ) .

= فقرة ٩٩٤ . وقارن مع ذلك : شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ، ص ١١٦ ) - إذا الاعتداء على الاسم يتضمن في ذاته حتماً معنى الضرر دون حاجة إلى إثباته ، لأن لصاحب الاسم - ككل صاحب حق - مصلحة ولو معنوية في الاستئثار وحده باسمه وبسلطانه عليه ( انظر سابقاً ، ص ٤٥٧ و ٥٥١ ) .

Plantel, Ripart et Savatier, t. I, No. 146, p. 284. — Mascadé, (١) t. I, No. 388.

(٢) مصطلح كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٢١٠ .  
(٣) ويتخذ القانون المصري بالاعتداد بهذا الموطن ، بنظرية « المجلات الرئيسية أو الفروع » التي ابتدعها القضاء الفرنسي ( انظر كتابنا سابق الذكر ، ص ٩٣١ ) .  
وقد طبق المشرع المصري نفس الفكرة في شأن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر ، فخص بأنه بالنسبة إلى القانون الداخل يعتبر موطنها أو مركز إدارتها هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية ( م ٢/٥٣ - د مدني ) .

### ٣٣٢ - ذمة الشخص الاعتباري المستقلة

إذا كان للشخص الاعتباري كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التي لا تختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل منهم ( م ٥٣/٢ - آمدني ) . وينبني على ذلك بخاصة أن ديون الشخص الاعتباري تكون مضمونة بحقوقه وحدها وأن هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه . فلا يجوز إذن لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه ، ولا لدائني الأعضاء أو المنشئين تنفيذ ديونهم على أموال الشخص الاعتباري.

ومع ذلك ، فتم أشخاص اعتباريه تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية ، وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التي يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة . ولكن لا يعنى ذلك اختلاط ذمتهم بذمتها أو احلال شخصياتهم محل شخصيتها ، كما يرى البعض (١) . وإنما هو يعنى - ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة - أن الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسؤولين وتعدد الذمم الضامنة لحقوقهم (٢) . فالأمر إذن لا يعدو اعتبار

(١) انظر بخاصة :

Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, Nos. 721, 727. — Encarnat (J. et E.) et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. I, 1980, No. 230.

شفيق شحاته ، فقرة ١٣٦ . - عبد المقيم فرج الصدة ، فقرة ١٢٠ . - عبد الحى حجازي من ١٨٥ و ١٨٦ . - محمد سبلى مذكور ، ص ١٤٦ . - مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧١ . وانظر في انتقاد ما يراه هؤلاء الفقهاء من اعتبار شخصية هذه الشركات ناقصة : كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٢ .

(٢) في هذا المعنى :

عبد شفيق ، الوسيط في القانون التجارى المصري ، ج ١ ، ط ٣ ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٠ . - سليمان مرقس ، عامش ٥٢٥ ص ٢٥٨ و ٢٥٩ . - كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٢ و ٩٢٤ .

الشركاء شامنين ديون الشركة ، وليس في ضمان شخص ديون شخص آخر  
أو ضم مسؤوليته الى مسؤوليته عن وفائها ما يقتض من شخصية المضمون  
وذلك المستقلة .

### المطلب الخامس

#### نشاط الشخصية الاعتبارية

٢٢٢ - استعالة نشاط الشخص الاعتباري بنفسه ، وغرورة نشاطه

#### بواسطة اشخاص طبيعيين

اذا كان الشخص الاعتباري يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعي  
بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه انه  
- على خلافه ، لا يقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه  
هذا النشاط غيره من الأشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه  
وحسابه في الحياة القانونية .

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتباري تحديد ممثليه من الأشخاص  
الطبيعيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه . وقد يتولى النشاط  
عن الشخص الاعتباري فرد منفرد ، كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ  
أو المدير بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات  
أو الشركات أو المؤسسات الخاصة ، أو المتولى أو الناظر بالنسبة للوقف .  
وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيا من أفراد ، مثل  
المجالس التشريعية ومجالس المحافظات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية  
ومجالس الإدارة .

واذا كان للشخص الاعتباري أشخاص طبيعيين ينشطون باسمه  
وحسابه ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أنه شخص وهمي افتراضي .  
فهناك فارق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد  
لشخص لا يستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الأشخاص  
الطبيعيين مثل الصغير أو المجنون ، دون أن يطمع ذلك في وجود شخصيته  
أو في حقيقتها ، فكذلك الحال في شأن الشخص الاعتباري .

٣٣٤ - مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتباري الذي  
يشارون عنه نشاطهم<sup>(١)</sup>

إذا كان نشاط الشخص الاعتباري لا يتأتى إلا عن طريق أشخاص طبيعيين ، فينبغي تحديد مركز هؤلاء بالنسبة إلى الشخص الاعتباري وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، إذ على ضوء هذا التحديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو استجابة عليه .

ويصادفنا في ذلك أولا التصوير النقائصي القائم على فكرة الوكالة (mandat) ، بحيث يكون الشخص الاعتباري في صف الموكل وهؤلاء الأشخاص الطبيعيين في مركز وكلائه . ولكن الوكالة تفترض وجود ارادتين : ارادة الموكل و ارادة الوكيل ، وإذا وجدت ارادة الوكيل حيا ، فارادة الموكل غير موجودة إذ ليست للشخص الاعتباري نفسه ارادة<sup>(٢)</sup> .

ولذلك يتجه تصوير آخر إلى فكرة النيابة القانونية représentation légale ، بحيث يوجد الأشخاص الطبيعيون الذين يتولون شئون الشخص الاعتباري في مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمي الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول<sup>(٣)</sup> . فإذا كان الشخص الاعتباري في نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمي أهلية الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزهما واحد ومتماثل من كافة الوجوه . ذلك أن ما يفرض على الأشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شئونهم والنشاط باسمهم إنما تملية فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة أو هيئات من الأفراد

(١) راجع في ذلك بغضه :

Michoud, t. I, Nos. 50 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1097.

Marty et Raynaud, *ibid.* (٢)

وقرب من ذلك :

Michoud, t. I, No. 50, p. 122.

(٣) انظر كذلك في انتقاد هذا التصوير :

Michoud, t. I, No. 50, p. 122. — Planiol, Ripart et Savatier, t. I, No. 96 bis.

تعمل باسم الشخص الاعتباري وحسابه يفرض بقوة الأشياء نتيجة ما يلزم الشخص الاعتباري من استجابة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه (١) . ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعي أن يكون نشاط الشخص الاعتباري بواسطة غيره هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما لا يعتبر نشاط عديم الأهلية أو ناقصا من الأفراد بواسطة غيره الا مجرد استثناء بحث وموقوف .

وأخيرا يتجه جمهور كبير من الفقه الحديث (٢) الى تأييد نظرية راجت في الفقرة الأولى في هذا الصدد هي نظرية الجهاز أو الاداة *Théorie de l'organe* . ومقتضاها أن الشخص الاعتباري لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية ، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان له بذاتها منفصلة عنه . فهي في الواقع بمثابة جسمه القانوني يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعي عضوا من أعضاء جسمه ككفه أو يده (٣) . ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل أو نشاط الشخص الاعتباري نفسه ، بحيث ينتج أثره في حقه مباشرة على هذا الأساس أي بطريق الأصال لا بطريق النيابة .

وإذا كانت هذه النظرية تبدو أفضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية من حيث اتساع نطاقها للأعمال للمادية والتصرفات القانونية على السواء وأكثر توفيقا منها في تأصيل مسئولية الشخص الاعتباري نفسه مسئولية شخصية ومباشرة ، فيعيها رغم ذلك أنها ليست الا صدى للنظريات

(١) في هذا الصدد :

Capitant, No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 295, p. 729.

(٢) انظر مقدمة :

Michoud, t. I, Nos. 60 - 64. — Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e, éd. Nos. 1905, 1906. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1097, p. 1298.

بعضى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٧ - عبد الحميد البعلوي ، فقرة ٤٦٢ .

Michoud, t. I, No. 60, p. 124. (٣)

( م ٤٢ - الممثل الى القانون )

النضوية أو الحيوية<sup>(١)</sup> غير المقبولة التي تعادل التماس تطابق وتماثل تام في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي .

وعندنا أن عيب هذه النظريات جميعا ينحصر في محاولات الاستناد الى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانساني لتفسير نشاط الشخص الاعتباري ومركز القائمين به من الافراد ، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة وتكوين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ولذلك ينبغي النظر في هذا الشأن الى الشخص الاعتباري نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه . ومجردة عن محاولة اضطلاع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعي .

وإذا كان الشخص الاعتباري لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذي تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف باخترقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين - وليس الشخص الاعتباري نفسه - هم الذين يقومون بكل نشاطه . وليس في ذلك - كما سبق البيان - ما يطن في شخصية الشخص الاعتباري ، لأن ثبوت الشخصية لشخص معين لا يمنع من استناد نشاطها الى شخص آخر . ولذلك ليس ما يدعى اذن الى ما تدعيه بخاصة « نظرية الجهاز » من تلاشي هؤلاء الأشخاص الطبيعيين في الشخص الاعتباري كأجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه مثل أعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانساني .

ولكن اذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط لا الشخص الاعتباري ، فلا معنى ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل هي تنصرف اليه وحده . وواضح أن اضرارها اليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعى « نظرية الجهاز » ، فقد سبق أن رفضنا منطلقها

---

(١) في هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p. 282.



في هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية بخاصة قد تبدو اقرب الأفكار لتفسير آثار هذا النشاط اليه ، فهي قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير امام اختلاف وضع الشخص الاعتباري عن وضع الأفراد عديسي الاهلية أو ناقصيهها ، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب الأصل الا للتصرفات القانونية دون الأعمال المادية . ولذلك ينبغي بناء نظرية خاصة مستقمة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة الشخص الاعتباري المختلفة عن طبيعة الفرد الانساني وباتساع مبدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعي . فطبيعة الشخص الاعتباري تجعل مستحيل نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط في صورة أعمال مدنية أو في صورة تصرفات قانونية . وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام أشخاص طبيعيين بممثل الشخص الاعتباري وتولى نشاطه المادي والقانوني على السواء . وتلبيهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الذي يمثلونه لا لحسابهم الخاص . ولذلك يكون طبيعيا أن تنصرف كل آثار هذا النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

ففكره التمثيل اذن في شأن الشخص الاعتباري تقابل فكرة النيابة القانونية في شأن الشخص الطبيعي ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص الاعتباري ، كما تفسر الأخرى انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوام الى عديسي الاهلية أو ناقصيهها من الأفراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا . اذ هي مفروضة بقوة الأشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتباري كأصل دائم تدوم ما دامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجاً لنقص موقوف أو عارض طاري . وهي تستوعب بالتالي حتما كل ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط أي كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التي تقتصر على بعض نواحي النشاط دون بعض وتتركز أصلا في التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص الاعتباري بكونهم مثليه الطبيعيين اللازمين له على الدوام في كل

ما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه - لا بوصفهم أجزاء لا تتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز - وأما بوصفهم اشخاصاً ذوي شخصية وكين ، وإن كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم ولصالحهم الخاص ولكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط إليه .  
و.د.د.

### ٣٣٥ - أهلية الأداء والشخص الاعتباري

ينبغي أخذ أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري بمعنى يتفق مع طبيعته دون قيد حرفي بمعناها في شأن الشخص الطبيعي ، ما دام الاختلاف محتوماً بين طبيعتهما (١) . إذ أنه إذا كان مفهوماً في شأن الشخص الطبيعي اناطة أهلية الأداء بتوافر كمال التمييز والإرادة عند من يبشأ التصرف القانوني لحساب نفسه لتفاوت الأشخاص انطبعين في انعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والإرادة ، فليس ذلك مفهوماً في شأن الشخص الاعتباري الذي لا يتوافر على إرادة بحكم طبيعته نفسه . ولذلك يجب أن تحمل أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ، فيكون المقصد منها هو تحديد مجال النشاط الإرادي المعترف به للشخص الاعتباري لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الإرادة عنده أو لأنه بحكم طبيعته لا تتصور له إرادة . اكتفاء بوجود إرادة مسخرة لخدمته هي إرادة مثله . ولذلك إذا أمكن القول بنبوت أهلية أداء للشخص الاعتباري فيجب حمل ذلك على هذا المعنى ، لا على معنى توافر الشخص الاعتباري نفسه على الإرادة . ولذلك خص المشرع المصري على أن يكون للشخص الاعتباري نائب يعبر عن إرادته ، ( م ٥٣/٣ مدني ) نص منتقد (٢) .

(١) قرب من ذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٨٠ .

(٢) انظر في ذلك :

حسن الدين الوكيل ، ص ١١٤ - اسماعيل غانم ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٢٢٣ -  
كفايتنا سابق الذكر ، ص ٤٠ و ٩٤١ .  
ولكن لاردن : عبد الحمى حجازي ، ص ١٧٥ .

### ٣٣٦ - مسئولية الشخص الاعتباري

إذا كان ممثلو الشخص الاعتباري من الأشخاص الطبيعيين يقومون بأنشطة حسابية ، فيجب التساؤل عن مدى مسئوليته هو عن هذا النشاط ، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

١ - **المسئولية المدنية**(١) : رغم أن مبدأ مسئولية الشخص الاعتباري مدنيا عن أفعال ممثليه أو أجهزته مبدأ مسلم مستقر ، بالنظر بخاصة إلى أن أثر هذه المسئولية مما يصلح انصرافه إلى الشخص الاعتباري لأنه يقع أساسا في ماله ، فإن تأسيس هذا المبدأ وتأصيله محل خلاف فقهي كبير(٢) .

والواقع أن البصر بطبيعة الشخص الاعتباري وكونه مستحيلا عليه مباشرة أي نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الأشخاص الطبيعيين ، وما يؤيده ذلك من الحاجة في تحديد مركز هؤلاء الأشخاص قبله إلى ما فضلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هي فكرة التمثيل ، التي تستوعب في اتساعها كل ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط سواء عن طريق الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، وتصرف أثر هذه الأعمال والتصرفات جميعا إلى الشخص الاعتباري رغم صدورهما عن ممثليه ، يجعل في الامكان الاستناد إلى هذه الفكرة لتحمل الشخص الاعتباري بالمسئولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه(٣) . ذلك أن هذه الأخطاء ، رغم عدم صدورهما عن الشخص الاعتباري مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأي نشاط ، ورغم

---

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Saloffen, pp. 333-369. — Michoud, t. II, Nos. 296 - 278. — Paniel Riport et Bonnel, t. VI, No. 501. — Massad, Traité de la responsabilité, t. II, Nos. 1993 - 1999. — Starck, thèse précitée, pp. 250 et s. — Marty et Raymond, t. I, No. 1007; pp. 1298, 1299.

(٢) راجع في الاختلاف على هذا التأسيس بين فكرة خطأ الشخص الاعتباري نفسه أو فكرة تحميله ثمة المخاطر أو فكرة الضمان : كتابنا سابق الذكر ، فقرة ٣٤٩ ص ٩٤٦ - ٩٤٧ .

(٣) قارب : Riport et Bonnel, op. cit., t. III, No. 978.

صدورها فعلا عن مثليه من الأفراد ، يجب أن تصرف آثارها إليه وحده ولا تصرف إليهم ، ما داموا قد ارتكبوا هذه الأخطاء بسبب أو بمناسبة النشاط لحساب الشخص الاعتباري وفي حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له في هذا النشاط (١) .

٢ - **المسئولية الجنائية (٢)** : ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسئولية الشخص الاعتباري جنائيا عن أعمال مثليه . ويريد جمهور الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافر الإرادة عند المسئول ولا إرادة للشخص الاعتباري ، وأن في تقرير مسئولية الشخص الاعتباري جنائيا عما يرتكبه مثلوله من جرائم خرقا لمبدأ مسلم هو مبدأ شخصية العقاب ، فضلا عن استحالة توقيع أعجب العقوبات الجنائية - كالعقوبات الجسدية أو البدنية - على الشخص الاعتباري .

ويبدو لنا أن هذه الاعتراضات لا تنصب على مسئولية الشخص الاعتباري جنائيا من حيث المبدأ بقدر ما تنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسئولية الجنائية الخاصة بالأفراد أصلا على الأشخاص الاعتبارية . والواقع أنه ما دام مسلما مبدأ مسئولية الشخص الاعتباري مدنيا عن أفعال مثليه رغم انعدام إرادته ، فليس ما يمنع منطقاً من تصور مسئولية جنائيا عما يرتكبه مثلوله من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه . وفي نفس فكرة تمثيل الشخص الاعتباري في النشاط الإداري والمادي معا .

(١) أما ما يجوز حدود هذا النشاط والتبثيل من الأخطاء ، فلا يصرف أثره إلى الشخص الاعتباري ، بل إلى ذات مرتكبيه من أفراد مثليه . فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسئولية عن أخطائهم الشخصية ، دون أن يتصلها الشخص الاعتباري ( انظر كتابنا سابق الذكر . عرض ١٩٤٧ ص ١٤٧ ) .

(٢) راجع في ذلك بطلية :

Salicrú, pp. 664 et s. — Michoud, t. II, Nos. 379 - 387. — De Vahnen, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2e éd. 1947.

المجد مصطفى السعيد - الأحكام العامة في قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة . ١٩٥٧ .  
ص ٢٤٧ - ٢٥٢ - محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية . ١٩٥٤ .  
نقرة ٢٢٥ .

ما يسمح بإسناد مسئولية الجنائية كمسئولية المدنية على السواء (١) .  
أما العقوبات التي يتحمل بها الشخص الاعتباري نتيجة مسئولية الجنائية ،  
فلا بد وأن تنفق مع طبيعته ، سواء كانت مشتركة بينه وبين الشخص  
الطبيعي أو مقصورة عليه وحده ، كمقوبة الغرامة وإصدارة والوقف والحل  
والإغلاق .

### ٣٣٧ - مبدأ التخصص وآثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري

إذا كان مبدأ التخصص - كما رأينا - يحد من مدى أهلية وجوب  
الشخص الاعتباري فيحصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات في نطاق  
الغرض المحدد الذي يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحد  
هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتباري - الذي يتولاه عنه ممثلوه - فيركز  
نشاطه في هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الأغراض (٢) .

ومقتضى أعمال مبدأ التخصص ضرورة التزام كل شخص اعتباري في  
نشاطه بحدود التخصص القانوني والنظامي ، أي حدود غرضه العام المحدد  
بالقانون وفق الطائفة التي ينتمى إليها وحدود غرضه الخاص المحدد بنظامه  
داخل غرضه العام (٣) . فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ، أو الدخول  
في مضاربات مالية (٤) ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام بنشاط سياسي ،  
ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة تخصص في إنتاج أفلام  
سينمائية توجيه نشاطها كذلك إلى بناء عبارات استغلالية أو إلى استخراج  
البترول أو المواد المعدنية .

ولكن إذا تجمعت حول الغرض الأصلي الأساس للشخص الاعتباري

(١) قارن :

Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 25, 44, pp. 762, 763.

(٢) انظر بغاية : م ١٩ و ٢٠ و ٢/٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات رقم ٣٢ لسنة

١٩٦٤ .

(٣) انظر في جزاءات خروج الشخص الاعتباري في نشاطه على مبدأ التخصص :

كتابنا سابق الذكر ، ص ٩٥٢ و ٩٥٣ .

(٤) م ٢٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ مآلب الذكر .

أغراض أخرى قانونية لا تتطوّل معه ، بل تكون من مستلزماته أو بعض آثاره أو مكملاته (١) ، فلا خرج على الشخص الاعتباري من النشاط كذلك في حدودها دون أن يجعل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بفرضه الأصلي ، كالشركة الصناعية التي تنشئ مصحاً لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم أو مدرسة لتعليم أولادهم ، وكالجمعية الخيرية التي تطرح أوراقاً للنصيب لزيادة مواردها ، إذ هذه الأغراض الثانوية متفرعة من الفرض الأصلي أو موجهة لخدمته .

### المطلب السادس

#### انقضاء الشخصية الاعتبارية (٢)

##### ٣٣٨ - أسباب الانقضاء

إذا كان الشخص الاعتباري أطول حياة عادة من الشخص الطبيعي وكان ذلك بعض أسباب وجوده وقيّمته وامتيازاته ، إلا أنه ليس معنى ذلك أنه مخد لا يدركه الفناء ، بل هناك من الأسباب الكثيرة - المتفقة وطبيعته - ما يقضى عليه وينتهي شخصيته .

فهو ينقضى انقضاء طبيعياً بانتهاء الأجل المحدد له إذا وجد مثل هذا التحديد ، أو باستنفاد الفرض الذي وجد من أجله بتحقيقه كاملاً أو باستحالة هذا التحقيق ، أو بموت كل الأفراد من أعضائه إذا كان جماعة من الأشخاص (٣) ، أو انقراض كل المتفعّلين بفرضه إذا كان مجموعة من المال ،

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٢٢٠ .

(٢) راجع في ذلك مقدمة :

Micheoud, t. II, Nos. 383 - 386. — Capitant, Nos. 176-188. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1054.

(٣) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتباري ، وذلك حيث يغلب الاعتبار الشخصي في تكوينه كشركة التضامن . ولكن خروجاً على ذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع وريثة الشريك أو فيما بين الباقين من الشركاء وحدهم ( م ٢٨ مدني - وانظر مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٥٤ - ٢٥٦ و ٢٥٨ - ٢٦٤ ) .

أو بتضاؤل أعضائه في جماعات الأشخاص الى عضو واحد (١) ، أو الى عدد من الأعضاء أقل من الحد الأدنى الواجب توافره (٢) .

وكذلك ينقضى الشخص الاعتباري انقضاء اختياريه ، اذا كان جماعة من الأشخاص ، اما بالاجماع من كافة أعضائه على حله ، واما بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام والتي تملك بمقتضى أيهما سلطة الحل .

ويكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بانشاء مدافعة يمينها من طوائف الشخص الاعتباري بصفة عامة (٣) ، أو بالفناء شخص اعتباري معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة . أو من السلطة التنفيذية أو الادارية (٤) بسحب الترخيص السابق اعطاه منها لقيام أحد الأشخاص الاعتبارية ، أو في غير ذلك من الأحوال اذا وجد من الأسباب ما يبرر الحل (٥) . أو من السلطة القضائية بحكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتباري معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والآداب ، أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك (٦) .

### ٣٣٩ - ذيل الانقضاء

إذا انقضى الشخص الاعتباري بأحد الأسباب المتقدمة ، فمعنى ذلك

- (١) ولكن استثناء من ذلك ، لا تنقضي شخصية الشركة بالتأميم ورغم ايلولة كل أسهمها الى شخص واحد هو الدولة اذا أبقي على شكلها كشركة ( انظر : صحتي كمال طه ، الوبيش في القانون التجاري ، ج ١ ، ١٩٦٦ ، فقرات ٢٥٢ و ٢٨١ ) .
- (٢) لا يجوز في القانون المصري أن يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن ثلاثة (٣) من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوسعة وأسهم والشركات ذات الشوكة المحددة ) ، ولا أن يقل عدد أحد الشركاء عن خمسة (٥) من قانون الجمعيات والهيئات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .
- (٣) كإلغاء الأوقاف الاملاية في القانون المصري ، بمقتضى الموسم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .
- (٤) لكن اعطاء السلطة الادارية حق حل أو انهاء الشخص المعنوي لم يمد يقصد به اعطائهم سلطة تقديرية تحكمية كما كان مفهوم نظرية الافتراض ، بل سلطة قيادية بأسباب محددة بقفا تبيد الحل .
- (٥) انظر بخاصة : م ٥٧ من قانون الجمعيات والهيئات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .
- (٦) انظر بخاصة : م ٥٣٠ مدني في شأن حل الشركات .

انتهاء شخصيته وصلاحيته كمرکز وصاحب الحقوق والالتزامات • وبغير ذلك -  
مشكلة تحديد مصير حقوقه والتزاماته وإلى من تؤول من بعده •

ولكن ليست كل حقوق الشخص الاعتباري والتزاماته بالنسبة لمشكلة  
تحديد مصيرها عند انقضائه • اذ منها ما ينقضي ويتلاشى بانقضاء هذا  
الشخص ، كالحقوق غير المالية مثل الحق التأديبي للشخص الاعتباري على  
أعضائه (١) ، وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون  
العالم (٢) ، بل وبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصي من حق الانتفاع (٣)  
الذي ينقضي حتماً - من قبل حلول أجله - بانقضاء الشخص الاعتباري  
ولا ينتقل عنه إلى غيره •

وأما باقي حقوق الشخص الاعتباري المالية والتزاماته المالية ، فهي التي  
تتور مشكلة تحديد مصيرها • وفي ذلك ينبغي التفرقة بين ما إذا كان مقصوداً  
بانقضاء الشخص الاعتباري حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محله ،  
أو كان انقضاؤه انقضاء كاملاً لا يعقبه مثل هذا الحلول •

ففي الحالة الأولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتباري بقصد  
تجزئته إلى جملة أشخاص اعتبارية كتقسيم دولة أو جمعية إلى دولتين أو  
جمعيتين أو أكثر ، أو كان بقصد ادماجها في شخص اعتباري آخر أو ضمها إليه  
كاندماج دولة أو شركة في دولة أو شركة أخرى أو ضمها إليها ، نجد أن  
الغالب أن الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه  
يخلف الشخص الاعتباري المتجزئ أو المندمج على حقوقه والتزاماته  
المالية (٤) ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات (٥) أي لفئة

(١) Michoud, t. II, No. 306.

(٢) Michoud, No. 308.

(٣) Michoud, No. 304.

مجوعة الأعمال التشريعية للقانون المدني ، ج ٦ ، ص ٥٥٠ •

(٤) Michoud, t. II, No. 308.

حتى ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ ، مجوعة أحكام التقاضي المدنية ) ، ص ٦٠٦ ، رقم

١٠١ برص ٧١٢ •

(٥) صحتي كمال طه ، ج ١ ، فقرة ١٧٤ •



### الشخص الاعتباري المنقضي .

وفي الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لا يعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محل الشخص الاعتباري المنقضي ، ينبغي تصفية ذمة هذا الشخص بوفاء ديونه من حقوقه . وحاجات التصفية وضرورتها تقتضي الإبقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضاءها . ولكن امتداد هذه الشخصية ، باعتباره خروجاً على الأصل ، ينبغي أن يكون محصوراً في نطاق التصفية واجراءاتها فحسب فلا ينصرف الى غير ذلك من الأغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفية وبإقتران اللازم لاتمامها ، هو ما يستقر عليه القضاء الفرنسي<sup>(١)</sup> ، ويصرح به في شأن الشركات المشرع المصري ( م ٥٢٣ مدني )<sup>(٢)</sup> ، وما ينبغي عن طريق القياس تميمه - عند عدم وجود نص يقضي بالعكس - على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية الأخرى<sup>(٣)</sup> حيث يحتاج الأمر الى التصفية .

فاذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتباري المنقضي وتبقت حقوق بعد وفاء كافة الديون ، فينبور التساؤل عن مصير هذه الحقوق . وفي الإجابة على ذلك ، يجب عدم مسايرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب اليه من إيلولة هذه الحقوق الى الدولة باعتبارها أموالاً سائنة لا صاحب لها<sup>(٤)</sup> ، وإنما تؤول هذه الحقوق أو توزع طبقاً للقانون أو لنظام الشخص الاعتباري . والمستقر في هذا الشأن التفرقة فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الخاصة بين

---

Marty et Raynaud, t. I, No. 1064, p. 1278. (١)

(٢) راجع في ذلك :

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٢٦ و ٢٢٠ .

(٣) في هذا الحس :

Marty et Raynaud, *ibid*

(٤) انظر في الإشارة الى مذهب نظرية الافتراض في هذا الصدد وفي رفضه :

Michoud, t. II. Nos. 367, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 96.

ومع ذلك ، فقد تؤول حقوق الشخص الاعتباري الى الدولة اذا فرض المشرع حله معرواً ذلك .

ما يستهدف منها الربح وبين ما لا يستهدفه . فما يستهدف منها الربح كالشركات ، يخضع لبدأ توزيع المتبقى من الحقوق بعد التصفية على الأعضاء أو الشركاء ( م ٥٣٦ مدني ) . وما لا يستهدف منها الربح ، كالجمعيات والمؤسسات الخاصة ، لا يعود المتبقى من حقوقها إلى الأعضاء أو المنشئين أو ورثتهم في الأصل (١) ، وإنما يؤول عادة - وفقا لنظامها أو لقرار الحل أو للقانون - إلى شخص اعتباري آخر (٢) .

---

(١) ومع ذلك ، فقد ينص المشرع استثناء على عودة أموال الشخص الاعتباري إلى منشئه - أو المتخلف به - ومن هذا القبيل ما يقرره القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالمساءلة نظام الوقف على غير النجرات في مصر من عودة أموال الوقف عند انتهاءه إلى الواقف إن كان حيا - وكان له حق الرجوع فيه - فإن لم يكن ، آلت إلى المستحقين الحاليين ، أو إليهم وإلى ذرية من مات من ذوي الاستحقاق من طبقتهم إذا كان الوقف مرتب الطلقات ( م ٢ ) .

(٢) أنظر بخاصة : م ١/٥ و ٢ ، و م ٦٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة سابق الذكر .

## البحث الثاني

### انواع الشخص الاعتباري

#### ٣٤٠ - تقسيم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة (١)

من المستقر اعتبار التقسيم الاساسي للأشخاص الاعتبارية هو تقسيمها الى أشخاص عامة وإلى أشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام وخاص ، اذ تنضج الأولى لأحكام القانون العام والثانية لأحكام القانون الخاص ، مما يعطى لتقسيم الأشخاص الاعتبارية على هذا النحو نفس الأهمية البالغة التي رأيناها لتقسيم القانون الى عام وخاص .

والترفة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد ، نتيجة تدخل الدولة المتزايد في ميادين كانت متروكة الى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلق الى جوار المرافق والمؤسسات العامة الإدارية البعثة مرافق ومؤسسات أخرى اقتصادية ومهنية وأثار مشكلة تكييفها ، ونتيجة رقابة الدولة المتزايدة على أشخاص القانون الخاص مما يكاد يوقع في الخلط بينها وبين أشخاص القانون العام .

والمعايير التي يقول بها الفقه للترفة بين الأشخاص الاعتبارية الصامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة معايير كثيرة متعقدة (٢) . ويبدو أن الوقوف عند واحد منها فحسب ، ليس بالحاسم في أمر تبين حدود هذه الترفة في

(١) انظر في ذلك :

Mitchell, t. I, Nos. 75, 88 - 89. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 74, 76 bis. — Masson, t. I, No. 688.

(٢) انظر في الإشارة الى هذه المعايير وفي مناقشتها :

Mitchell, t. I, Nos. 98, 87.

صطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الإداري ، ج ١ ، نظرية المرافق العامة . ١٩٥٧ ، فترات ٢٥٤ - ٢٥٩ ، ص ١٦٧ - ٢٠١ - محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري والقرن ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، ١٩٥٨ ، ص ٤٥٦ - ٤٥٩ .

قطع ويقين . لذلك قد يكون من الواجب النظر الى جملة القواعد القانونية التي تحكم الشخص الاعتباري في مجموعها ، والاعتداد في شأنه بجملة معايير أو علامات تكشف معا عن توافر صفته العامة أو نخلها (١) : كتمتعه أو عدم تمتعه ازاء اعضائه وإزاء الغير بإمتهالات السلطة العامة ، وأصله ومنشأه ، وتمتع الإدارة بالسيطرة عليه والكسة النهائية في شأنه أو اكتفائها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية .

وعلى أى حال ، فقد عني المشرع المصري - وهو بسبيل بيان أنواع الأشخاص الاعتبارية وكيفية اكتسابها الشخصية - بتحديد طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عناية بوضع معيار للتفرقة بينها ، فنص في المادة ٥٢ من التقنين المدني على أن الأشخاص الاعتبارية هي :

١ - الدولة ، وكذلك المديرية والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ - الأوقاف .

٤ - الشركات التجارية والمدنية .

٥ - الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التي سنتها فيما بعد .

٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون .

فننص فيما يلي للأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم للأشخاص الاعتبارية الخاصة .

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 88, pp. 242 - 248.

## المطلب الأول

### الأشخاص الاعتبارية العامة

#### ٣٤١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت أو هيئات أو مؤسسات عمامة من ناحية ثانية .

(١) **الأشخاص الاعتبارية الإقليمية :** هي الأشخاص الاعتبارية العامة التي يشمل اختصاصها في الأصل جميع المرافق ولكن في حدود اقليمية معينة . وفي طبيعة هذه الأشخاص شخص أساسي وضروري هو الدولة التي ينسب سلطاتها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويليهما الأشخاص المحلية التي يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها في بقعة معينة من اقليم الدولة كالمحافظات والمدن والقرى ( م ١/٥٢ مدني ) . وواضح أن ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الأشخاص ، إنما يتم عن طريق الاعتراف الصام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة في القانون(١) . وتمثل هيئات وأجهزة معينة هذه الأشخاص في نشاطها ، فتمثل الحكومة ( بالمعنى الواسع ) الدولة ، وتمثل مجالس المحافظات والمجالس البلدية والقروية المحافظات والمدن والقرى على التوالي .

(٢) **المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة :** أشارت الى هذا النوع الثاني من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيل ،

---

(١) ظاهر أن هذا القول يصدق على المحافظات والمدن والقرى . أما الدولة . فإن شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها في المحيط الداخلي من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وإن كانت تعرض على تسجيل هذه الشخصية ومطابقها في نصوص تميزها من بعد . أما في المحيط الدولي ، فإن ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى ( انظر في شخصية الدولة وكيفية ثبوتها :  
Michoud, op. cit., t. I, Nos. 107 et s.)

المادة ١/٥٢ من التقنين المدني بقولها « الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية » ، وإذا كان ظاهر هذا النص يشير بأن هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية - على خلاف النوع الأول - يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص ، إلا أن المشرع بصره من بعد على ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئة العامة<sup>(١)</sup> وللمؤسسة العامة<sup>(٢)</sup> عموما ، يكون قد خلق اعترافا عاما بالشخصية الاعتبارية لهيئات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد انشائها الذي يتم بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة الى اعتراف خاص بالشخصية لكل هيئة أو مؤسسة عامة منها على حدة .

وهذه الأشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة (établissements publics) ، أو بالأشخاص المرفقية كما يسميها البعض<sup>(٣)</sup> تمييزا لها عن الأشخاص الإقليمية ، تخصص - وسواء كانت قومية أو محلية - بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرق أو مرافق محددة ، تتمتع في توليها وإدارتها بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة أو الأشخاص الإقليمية الأخرى التي تتبعها .

وقد كانت الأشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد الهيئات أو المؤسسات العامة الإدارية التقليدية ، كالجامعات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والإذاعة الانسلكية<sup>(٤)</sup> . ولكن أمام اتساع وطبيعة الدولة وازدياد تدخلها في مختلف نواحي النشاط المتروك أصلا للجهود الخاصة ، كان لا بد من اتساع مضمون فكرة الهيئات أو المؤسسات العامة وتكاثر عدد الأشخاص المرفقية وتنوعها بالتالي .

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد أساسا الى الميدان الاقتصادي أمام

(١) م ١ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) م ٦ من قانون المؤسسات العامة وشركات اتصالات العلم رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ .

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ .

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٢٢ .

انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما نعينه من ضرورة هيئة الدولة على الاقتصاد في الجماعة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق أو المؤسسات العامة الاقتصادية (١) لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وإنما تعطيها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظاً من الاستقلال الفني والإداري والمالي ، تتخفف به من الأساليب الإدارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب إدارة المشروعات الحرة المائلة ، مما يزيد في فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها .

وقد جرى المشرع المصري في البدلة على التمييز بين ما سماه «الهيئات العامة» وما سماه «المؤسسات العامة» . ولكن لم يستقر معيار التمييز بوضوح بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية (٢) ، وإن كان الظاهر من المشرع المصري يرمز عموماً بالهيئات العامة إلى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة إلى المنشآت العامة الاقتصادية (٣) .

(١) انظر في المؤسسات العامة الاقتصادية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فترات ٢٩٥ - ٢٩٦ ، ٣٠٠ - ٣٠٤ ، ٣١٢ - ٣١٧ .  
محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ - ٢٨٠ .

(٢) انظر في ذلك :

مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، ١٩٦٧ ، فقرة ٤٩٣ . - محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التصاوي ، المجلد الأول ، ص ٦٢٤ و ٦٢٦ .

(٣) انظر في هذا المعنى : نفس ١٠ أبريل ١٩٦٦ ، جمموعة أحكام محكمة النقض ، ص ٢٠ ، ج ٢ ، رقم ٩٥ ص ٥٨٨ ، حيث اعتبر هذا الحكم الهيئة العامة لتسؤن سكك حديد جمهورية مصر هيئة عامة لا مؤسسة عامة ، لأنها كانت في الأصل مصلحة عامة حكومية ذات الدولة إدارتها عن طريق هيئة عامة للفروج بالمرافق عن النظام (الروتين) الحكومي . ك. ن. انخراط الأساسي لها هو أداء خدمة عامة - وإن كان لهذه الخدمة طبيعة تجارية - في حين أن «الفرس الأساسي للمؤسسة العامة يكون مصلحة نشاط تجاري أو صناعي أو زراعي أو عالي» . وبالإضافة إلى هذا المعيار الجوهري ، أضاف الحكم ضوابط تبرز في هذا المثل وجود الهيئة العامة بما يميزها عن المؤسسة العامة بقوله «إن قانون إنشاء هيئة السكك الحديدية وإن نص على أن تكون لها ميزانية سنوية مستقلة إلا أنه ألحق هذه الميزانية بميزانية الدولة وبذلك تحصل الدولة ما قد يصيبها من خسائر ويؤول إليها ما تنفقه الهيئة من أرباح» . بينما راجع المؤسسة العامة بسبب الأصل تؤول إليها وتتحمل هي الخسارة . ثم إن الرقابة التي جبلتها تلك القانون لوزير المواصلات على الهيئة وعلى قرارات مجلس إدارتها هي من نوع رقابة المونة على الهيئات العامة والتي لا تنظر لها في المؤسسات العامة .

(٤ م - ٤٣ - المختل إلى القانون )

وعلى أي حال ، قد كان للشرع فقه يتكفل بإقامة هذا التمييز . إذ كان ينص على أن يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه معايير هيئات عامة وما يحترق مؤسسات عامة (١).

لم عدل للشرع عن تسمية « المؤسسات العامة » إلى تسمية جديدة هي « هيئات القطاع العام » ، وذلك بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن هيئات القطاع العام وشركته الذي أنقح القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام . وقد أبرز للشرع الطابع الاقتصادي لهيئات لقطاع العام (م) ، واحترقها من أشخاص القانون العام (م ٢) .

وتمهيدا للسفر في الاتجاه الجديد نحو تحرير الاقتصاد القومي وتكبير دور القطاع الخاص ، أنشأ للشرع ما سجد « قطاع الأعمال العام » الذي يشمل ما سماه « الشركات القابضة » و « الشركات التابعة » لها ، محلا الأولى محل « هيئات القطاع العام » والثانية محل « شركات القطاع العام » م ١ و ٢ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام . ورغم أن رأسمال « الشركة القابضة » مملوك بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة (م ١/١) من قانون شركات قطاع الأعمال العام ، قد اعتبرها المشرع من أشخاص القانون الخاص (م ١/٢) ، وذلك على خلاف « هيئات القطاع العام » التي كان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ يحترقها من أشخاص القانون العام على ما سلفت الإشارة . ولوجب المشرع أن تتخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة (م ٢/١) ، على أن تثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قبلها في السجل التجاري (م ١/١) (٢). ويسري على الشركة القابضة - فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون شركات قطاع الأعمال العام وشركته وما لا يطرح مع أحكامه - نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (م) من قانون اصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ (٣).

(١) م ١٨ من قانون الميزنات الصنة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ . وم ٥ من قانون اصدار قانون المؤسسات العامة أنقح رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٦ .

وأعطر من المبررات الجمهورية المسافرة باختيار بعض الهيئات عامة : القرار رقم ٢٧١٥ سنة ١٩٦٦ في شأن الهيئة العامة للشئون المسككة العمودية . والقرار رقم ٩٢٥ لسنة ١٩٦٧ في شأن الهيئة الزراعية المصرية . والقرار رقم ١٩٦٦ لسنة ١٩٦٧ في شأن الهيئة العامة للانتاج الزراعي .

(٢) أبرز المشرع هذا الأحكام على الحركة القابضة (م ٢/١) من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ . وهي التي يكون لأحدى الشركات التابعة ٢٥١ من رأسمالها على الأقل (م ١/١) من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ .

(٣) ويشمل هذا النص بمحكمه كذلك الشركة التابعة .



وكذلك يشير تدخل الدولة المتزايد في بعض مرافق التوجيه المهني وهيمنتها عليها مشكلة تصديد صفاتها . وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية (١) على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضمًا اجباريًا في جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، وتتمتع في سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والأطباء والمهندسين والمعلمين . ويكاد يستقر الفقه الإداري الحديث على اعتبارها من أشخاص القانون العام (٢) ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هي « المؤسسات المهنية » (٣) ، واعتبار قراراتها المتعلقة بالنشاط المهني قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري (٤) . وعلى أي حال ، فقد قطع المشرع المصري صراحة باعتدال بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات عامة ، كما فعل في شأن الغرف التجارية (٥) والغرف الصناعية (٦) .

وكذلك فإن النص ، في صدد تمديد الأشخاص الاعتبارية ، على الهيئات والطوائف الدينية انشئ تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية ( م ٢/٥٢ مدني ) ، ينير استساؤل عن صفاتها . وقد أتيج للقضاء الإداري المصري أن يجيب عن هذا التساؤل في شأن ما عرض عليه من الطعن في قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية ، فقصى باعتبارها من أشخاص القانون العام الاعتبارية (٧) وباعتبار قراراتها بالتالي قرارات إدارية تقبل الطعن فيها

(١) انظر في المرافق أو النقابات المهنية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ - ١٢٢ و ٣٥٣ - ٣٦٣ . - محمد فؤاد مينا ، القانون الإداري المصري والقانون ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، ١٩٥٨ ، ص ٢٨٠ - ٢٨٢ و ٤٥٠ - ٤٥٥ .

(٢) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٢٩٧ - ٢٩٩ .

(٣) انظر : محمد فؤاد مينا ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ - ٤٥٥ . والمراجع الفرنسية الحديثة التي يشي إليها في علمي ص ٤٥١ .

(٤) انظر في ذلك حكمين لمحكمة القضاء الإداري في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ ، بالجمعية لقادة المعلمين والخطابة المهن الهندسية وقراراتهما ( مجموعة الكتب الفني ، ص ٧٢ ، رقم ٣٠٤ ، ورقم ٧٥ ص ٣٢٩ على التوالي ) .

(٥) المادة الأولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .

(٦) المادة الأولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٢٠ لسنة ١٩٥٣ .

(٧) انظر في هذا المعنى كذلك :

سليمان مرقس ، لقطة ٢٢٤ - محمد سني مذكور ، ص ١٤٤ .

بالإلغاء لتمامه ، وذلك بالنظر إلى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة وإلى قيامها بخدمات ذات نفع عام وإلى خضوعها خضوعاً جوهرياً لهيمنة الدولة واشتراطها (١) . ويراعى ، على أي حال ، أن مثل هذه الهيئات والطوائف الدينية إنما تثبت لها الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص بكل منها (٢) لا عن طريق الاعتراف العام ، وإن كان ليس لازماً أن يأتي هذا الاعتراف الخاص صريحاً .

## المطلب الثاني

### الأشخاص الاعتبارية الخاصة

#### ٣٤٢ - تقسيم

يمكن أن نقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي تخضع للقانون الخاص، من حيث تكوينها ، إلى نوعين رئيسيين : جماعات الأشخاص التي تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الأموال التي تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . فنعرض لكل منهما على التوالي .

## الفصل الأول

### جماعات الأشخاص

#### ٣٤٣ - تعريف وتقسيم

فيما عدا جماعات الأشخاص التي تثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية

- (١) محكمة القضاء الإداري ، ٦ أبريل سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٨ .  
ولم ٦٠١ ، ص ١١٧١ ، بالنسبة لطرق كفاءة الأقباط الأرثوذكس .  
ومحكمة القضاء الإداري ، ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفني ، ص ٩ .  
ص ٣٤ ، ص ٣٦ ، بالنسبة للمجلس القومي الأعلى .

(٢) في هذا المعنى :

- عبد الحميد البدراني ، نظرية ٢٥٦ ، ص ٦٩٥ - عبد الفتاح عبد الباقى ، فترة ١٠٥ ، ص ١٥٨ .

ولكن ليس يلزم أن يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وإنما يكفي أن يكون « وفقاً للقرائن القوية في هذا الصدد » ( الفكرة الإيجابية للمشروع التمهيلي للظنن المدني ، مجموعة الأعمال التشريعية ، ج ٣ ، ص ٢٧٤ ) ، أي يكفي أن يكون اعترافاً جزئياً به العرف ( انظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، حاشية ٤٤ ، ص ٣٤٧ ، و ٣٤٨ ) .

بمقتضى اعتراف خاص أو نص في القانون ( م ٦/٥٢ مدني ) ، تثبت الشخصية الاعتبارية - عن طريق الاعتراف العام - لطائفتين من جماعات الأشخاص هي الشركات والجمعيات ( م ٤/٥٢ و ٥ مدني ) . فنعرض بإيجاز فيما يلي للشركات ، ثم نعرض للجمعيات .

### (١) الشركات Les Sociétés

#### ٣٤٤ - مفومات الشركة وأنواعها

الشركة جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم . وغرض تحقيق الربح الذي توجد من أجله الشركة ، هو الذي يميزها عن الجمعية . وقد عرفت المادة ٥٠٥ من التقنين المدني الشركة بما يبرز هذا الغرض بقوله : الشركة عقد بقضائه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة .

والشركة على هذا النحو تقتضي وجود شخص على الأقل (١) من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية (٢) ، ووجود ارتباط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغلال بقصد تحصيل ربح أو كسب مالي يزيد في ثروتهم (٣) . عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت مالية نقدية أو عينية أو كانت حصصاً بالمعدل ووضعها في خفصة هذا المشروع . ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقتسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون مخاطره وخسائره .

(١) ولكن استثناءً من ذلك ، نال الشركات اللازمة صفة شركات رغم أن أطراف من ذلك لولادة ملكية أسهم الشركة أو حصصها إلى شخص واحد هو الدولة ( في هذا المعنى ، مصطلح كمال طه ، الموجز في القانون التجاري ، ١٩٦٧ ، فقرة ١٦٨ و ٢٥٢ ) . ولذلك نص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الثاني رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن المؤسسة العامة - في سبل تحقيق أغراضها - تنشأ شركات مساهمة بمفردها ( م ٩ / ١ ) ، ونص قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ على نص الحكم في شأن الشركة القابضة ( م ٢١/٢ - ١ ) وهي التي حلت بهذا القانون محل المؤسسة العامة .

(٢) ومع ذلك ، على شأن بعض الشركات لا يمكن وجود شخصين بل يجب وجود عدد أكبر من الشركاء كحد أدنى ، حال شركات المساهمة التي يلزم أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها ثلاثة على الأقل ( م ٢١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات القومية بالأسهم والشركات ذات المصلحة المحدودة ) .

(٣) محظي طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٢ .

والشركات اما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالأعمال التجارية - كعمليات البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، واما شركات مدينية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعي (١) .

### ٣٤٥ - تكوين الشركة وبه شخصيتها

يلزم في البداية لتكون الشركة وجود عقد مكتوب بذلك لما كان مقدار رأس المال ، ولا كانت الشركة باظلة (م ١ / ٥٠٧ مني) (٢) ، بحيث تكون الكتابة لأن شرطاً لانقضاء عقد الشركة لا مجرد اللفظ . ويكتفى بالمقد المكتوب العرفي في الأصل لتكون الشركة ، كما هو الشأن في الشركات المدنية عموماً . ولكن قد يستلزم القانون - فضلاً عن ذلك - اجراءاً شكلياً آخر في شأن بعض الشركات كالشركات التجارية ، فقد تطلب القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساعدة وشركات التوصية بالأسهام والشركات ذات المسؤولية المحدودة أن يكون العقد الابتدائي ونظام الشركة ( بالنسبة لشركة المساعدة وشركة التوصية بالأسهام ) أو عقد تأسيس الشركة ( بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة ) عقداً رسمياً أو مصدقاً على التوقيعات فيه (م ١٥) .

وتكتسب الشركة المدنية الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها بمقد مكتوب (م ٥٠٦ / ١ مني) . ومع ذلك لا يصح بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقرها القانون (م ١ / ٥٠٦ مني) (٣) . غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء ، ولذلك لا يستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام باجراءات النشر المقررة ، بينما يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة على النحو المذكور (م ٢ / ٥٠٦ مني) . أما الشركات التجارية سابقة الذكر ، فلا ترتب لها الشخصية الاعتبارية إلا بانتهاء عقد الشركة ونظامها - بحسب الأحوال - في السجل التجاري (م ٢٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) ومن تاريخ هذا الشهر (٤) .

(١) انظر على : المرجع السابق ، فقرة ٧٨٤ .

(٢) ولكن عند الإعلان مقرر مصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز للشركاء الاحتجاج به قبل النشر .

(م ٣ / ٥٠٧ مني) ، وإن جاز له التمسك بتعليم قيام الشركة أو بطلانها حسب حالته .

(٣) ومع ذلك لم يقرر المقتضى الذي اجراءات نشر معينة لشهر الشركات المدنية ، ولذلك ينبغي القول بأن شخصية هذه الشركات - على خلاف الشركات التجارية - تبدأ ويصح بها على الغير منذ تكوينها ( في حصة المني : عهد القسم البدائي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧١ ، ص ٧١١ ) .

(٤) لا يجوز بعد انقضاء الشهر المذكور الطعن بطلان الشركة بسبب مخالفة الأحكام السابقة بالنسبة (م ٢٣ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) .

وقد سلت الإشارة إلى إمكان لوت الشخصية الإخبارية للشركة في مرحلة تأسيسها إذا كانت التصرفات التي أجراها المؤسسون في هذه المرحلة ضرورية للتأسيس (١).

#### ٣٤٦ - انقضاء الشركة

تنتهي الشركة بوجه عام - أيا كان نوعها أو شكلها - بانقضاء المبدأ المعلن لها - أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله (م ١/٥٢٦ مدني) ، أو بهلاك جميع ماله أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها (م ١/٥٢٧ مدني) ، أو باجتماع الشركاء على حلها (م ٢/٥٢٩ مدني) أو باتفاق أغليتهم على هذا الحل في الحدود المقررة في عقد الشركة أو نظامها ، أو بحكم قضائي بناء على سبب خطير يمتنع الحل (م ٥٣٠ مدني) .

وفضلاً عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الأشخاص . فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصي ، تتعرض للانقضاء بكل طارئ . يحل معنى الإخلال بهذا الاعتبار ، موت أحد الشركاء ، أو الحجر عليه ، أو اعساره ، أو إفلاسه (م ١/٥٢٨ مدني) ، أو انسحابه إذا كانت الشركة غير معينة المدة (م ١/٥٢٩ مدني) . ولكن هذه الأسباب غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر أحد هذه الأسباب .

وبانقضاء الشركة تتمين تصفية أموالها وقسمتها ، وتتم هذه التصفية والقسم بالطريقة المبينة في العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع أحكام القانون (م ٥٣٤ مدني) . ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية الشركة - رغم توافر سبب انقضائها - بالقدر اللازم لهذه التصفية (٢) وإلى نهايتها (م ٥٣٣ مدني) (٣) . وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم ، تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعاً ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال ، وإذا بقي شيء بعد ذلك ، يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح . أما إذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فإن المسألة توزع عليهم جميعاً بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع المسائر (م ٥٣٦ مدني) .

(١) انظر ملها ، ص ٦٣٩ - ٦٤٠ .

(٢) وهذا المبدأ كذلك المقررة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المباحة وشركات الترمية بأسمهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة (م ١/١٣٨) ، على أن يضاف في اسم الشركة خلال التصفية عبارة تحت التصفية (م ١٣٨ / ٢٧) .

(٣) انظر ملها ، ص ٦٦٧ .

## ( ٢ ) الجمعيات

### Les Associations

٣٤٧ - تعريف

عنى التقنين المدنى الحال بوضع أحكام عامة للجمعيات فى النوادى من ٥٤ الى ٦٨ منه . وقد صدرت قبله وبجده تشريعات خاصة ببعض أحكام جزئية متعلقة بالجمعيات أو بأنواع معينة منها . وقد رأى المشرع من بعد جمع شتات هذه الأحكام فى صعيد واحد مع إعادة النظر فيها ، مما اقتضاه إخراجها من صلب التقنين المدنى وإصدار تشريع جديد خاص بها . ولكنه لم يقتصر فى هذا التشريع على أحكام الجمعيات وحدها بل ضم إليها كذلك أحكام المؤسسات الخاصة . وقد صدر بهذا التشريع أولا القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ . ثم حل محله اليوم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وبذلك تم نسخ نصوص التقنين المدنى الأصلية فى هذا الشأن .

### ٣٤٨ - مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية : كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادى ، ومن هذا التعريف ، نتبين أركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ - تتألف الجمعية من عدد أو جماعة من الأشخاص . ويستوى أن يكون هؤلاء الأشخاص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين . ولكن إذا كانوا أشخاصا طبيعيين ، فيجب أن لا يقل عددهم عن عشرة .

٢ - تمثل الجمعية تنظيمها مستقرا . ولا يقصد بالاستمرار التابيد واللبوام ، إذ يمكن أن تمنى للجمعية مدة محددة تنقضى بانتهائها ، وإنما يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضة أو الوقتية التى لا تكون جمعية ولا تستأهل اكتساب الشخصية .

٣ - تهدف الجمعية إلى غرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا هو

التي يميزها عن الشركة (١) - ويستوى بعد ذلك - ما دام غرض الجمعية غير مغاير للنظام العام والآداب - أن يكون خيرا أو دينيا أو علميا أو ثقافيا أو رياضيا أو اجتماعيا ، أو سياسيا كالأحزاب ، أو مهتيا للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة ككتابات الصال .

### ٢٤٩ - نشوء الجمعية وبند شخصيتها

لا تنشأ الجمعية الا بمقتضى نظام مكتوب موقع من المؤسسين (٢) ( م ١ / ٣ ) . ولكلية هنا - كما في حل الشركة - شرط وجود وثيقة لا شرط اثبات . ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات عدتها المادة ٢ / ٣ وهي : اسم الجمعية (٣) ونوع وميدان نشاطها (٤) ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز إدارتها على أن يكون هذا المركز في جمهورية مصر العربية ، واسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وصفه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته ، وموارد الجمعية وكيفية استقلالها والتصرف فيها ، والأجهزة

(١) قد تفل الفرق بين الشركة والجمعية في صورة بعض الجوانب التي تدل على تطبيق مبادئ القصدية لأعضائها . ولكن ينبغي أن يكون مفهوما أن المقصود بالربح الذي يشتره الشرع ، أنه هو الميز الأساسي للشركة هو السكسب الإيجابي المالي أو المادي الذي يضاف إلى ربح الشركة ، وليس مجرد السكسب السلبي بالانقضاء في التكلفة أو توقي بعض الخسائر . ولذلك ينبغي أن تعتبر جميعات لا شركات ، جميعات التأمين التبادل التي تستهدف توفيق من يحمي به من أخطائها خطر معين من حصة ما يسلم به فيها كل الانحصار من أموال وحصول .  
والجميعات التعاونية لاستهلاك التي تباع السلع للأعضاء بالسعر الجاري ثم يعيد إليهم في آخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين التكلفة وحسابات الإدارة ( أنظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ . وأنظر كذلك في تأييد اعتبار الجميعات التعاونية جميعات لا شركات : شفيق شحاتة ، فقرة ١٢٦ . - محمد سليم مذكور ، ص ١٤٩ . - سليمان مرقس حمدي ، ص ٣٥٠ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١١٦ ، ص ١٦٨ . ولكن أنظر مكر ذلك ، بروسيد الجزئية ٢٠٠ أبريل سنة ١٩٣٢ ، المجلد ١٤ ، رقم ١٠٩ ، ص ٢٦٦ ) .  
(٢) ويجب أن لا يشترك في تأسيسها أو ينضم إلى عضويتها أي من الأشخاص المزمعين من مباشرة الطرق السياسية الا بصريح من الجهة الإدارية المختصة ( م ١ / ١٣ ) . وهي وزير الشؤون الاجتماعية ( م ٤٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ ) .

(٣) لا يجوز لأية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو إلى الدس بيننا وبين جمعية أخرى تشترك معها في نطاق عملها الجغرافي ( م ٢ / ٣ - أ ) .  
(٤) تنص المادة الثانية من القانون على أن : كل جمعية تنشأ مغايرة للنظام العام أو الآداب أو لسبب أو لغرض غير مشروع أو يكون الغرض منها المساس بسيادة الجمهورية أو بتسكير الحكومة الجمهوري أو نظامها الاجتماعي تكون باطلة .

أخرى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضاءها وطرق عزلهم ، ونظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، ونظام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية إجتماعها أو تكوين فروع لها ، وقواعد حل الجمعية والمهلة التي تؤول إليها أموالها .

وقد كان التفتيش المدني يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أى بتحرير نظامها (م ١٧/٥٨ و م ٢٥٥) ، ولكنه كان يعلق الاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير على شهر نظامها (م ٢/٥٨) ، غير أنه الشهر كان مقرراً لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع - رغم إجمال الشهر - التمسك ضد الجمعية بالأثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م ٢/٥٩) . ولكن للتوسع لم يثبت أن عدل عن هذه الأحكام فى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ وأكد هذا العدول فى القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، مقررًا أنه لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا اذل شهر نظامها وفقاً لأحكام هذا القانون (م ٨) ، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافياً أصلاً لبدء شخصيتها . ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده فى السجل المصد لذلك (م ١/١٠) ، مقابل دفع رسم معين (م ٩) . وينشر ملخص القيد فى الوقائع المصرية بغير مقابل (م ٢/١٠) ، ولكن لا يترتب على تأخير هذا النشر تأخير بدء شخصية الجمعية ، فهم تبدأ فور قيده نظام الجمعية فى السجل المصد لذلك (٢) ، والأصل أن تقوم الجهة الإدارية المختصة - وهي مديرية الشؤون الاجتماعية المختصة (م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) - بإجراء الشهر خلال سنتين يوماً من تاريخ طلبه ، فإذا مضت السنتون يوماً دون اتمامه ، اعتبر الشهر واقفاً بحكم القانون (م ١١) . ولكن تملك هذه الجهة - بعد أخذ رأى الاتحاد المختص - حق رفض الشهر إذا كانت البيئة فى غير حاجة إلى خدمات الجمعية ، أو إذا كان انشائها لا يتفق مع دواعى الأمن ، أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية ، أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد إحياء جمعية أخرى

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن

م ٢٤١٢ ، ٢٤١٣

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، جلد ٢٥ ، ص ١٦٩ .



سبق حلها ( م ١/١٢ ) . غير أن لدى الشان حق التنظيم الى الجهة الادارية المختصة من قرار الرفض (١) .

### ٣٥٠ - قيود اهلية وجوب الجمعية

سبق ان اشرفنا الى أن اهلية وجوب الشخص الاعتباري بوجه عام محدودة بالقياس الى اهلية وجوب الشخص الطبيعي بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف في التكوين والغرض ، فتتقيد باعتناع اسناد الحقوق والالتزامات . الملازمة لطبيعة الانسان الى الشخص الاعتباري ، وبانحصار ما يسند الى الشخص الاعتباري من حقوق والتزامات في حدود ما يتخصص به من غرض (٢) . وهذان القيدان في شأن الشخص الاعتباري بامة ، يصدقان كذلك في شأن الجمعية بخاصة .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص ينصه على أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، الا بالتقدم الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت من اجله ما لم تحصل على اذن بذلك من الجهة الادارية المختصة » ( م ١/٧ ) . غير أن هذا القيد الخاص يعاود حدود فكرة التخصص ، إذ ليس في تملك أو اكتساب حقوق على عقارات تزيده على القدر الضروري لتحقيق غرض الجمعية ، ما يحل المعنى الذي يفرضه التخصص كقيد عام من المروج على ذلك الغرض (٣) .

(١) يحكم التنظيم خلال سنتين يوما من تاريخ البلاغ لدى الشان قرار الرفض ( م ٢/١٢ ) . .  
ويجب البت في التنظيم بقرار مسبب خلال سنتين يوما من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة  
والا اعتبر مقبولا ( م ٢/١٢ ) . .

(٢) اذا كانت شخصية الجمعية لا تبدأ الا بشهر نظامها ، فينبغي التساؤل عما اذا كان الاكثار اسناد ما يتعلق بانشاء الجمعية من حقوق والتزامات ، في فترة التأسيس وقبل ابدائها شخصيتها بالشهر ، الى الجمعية لا الى المؤسسين . ولقد سبق أن رأينا امكان الاعتراف من حيث البدء للأشخاص الاعتبارية عموما بشخصية معينة في هذه الفترة في حدود غرض التأسيس وحده . على أن حقوق صير الحقوق والالتزامات المستند اليها في هذه الحدود من حيث استقرها نهائيا أو زوالها على تمام أو عدم تكوين هذه الأشخاص وتبوت شخصيتها . ومع ذلك ، فقد اورد المشرع نصرا حكما يفكك في اتصال هذا المبدأ في شأن الجمعيات ، وهو ما يمكن منه اعتباره استثناء منه ، ينصه على أن يعتبر مؤسسو الجمعية « مسؤولين عما يستلزمه إنشاء الجمعية من نفقات وما يفرع عن ذلك من التزامات » . فذا اشهر نظام الجمعية (٣)  
رد اليوم الثلاث التي تقرها الجمعية المسومة ، ( م ٢٠٠٠ قرأ لمدة من اللائحة التنفيذية للتعاون وكم  
١٩٦٤ لسنة ١٩٦٤

(٣) اسماعيل خانم ، المرجع السابق ص ٢٢٦ .

«ولعمل المشرع كان متأثراً في ذلك بتوازن الحذر التقليدى من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظر التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقوة الجمعيات بالتالى (١) » .

وعلى أى حال ، فليس هذا القيد بالمطلق ، اذ لا يسرى على الجمعيات التى تعمل فى ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية ( م ٢/٧ ) والجمعيات ذات الصلة العامة ( م ٦٥ ) . فيجوز لها ان تملك او تكتسب حقوقاً على عقارات ولو كانت تجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الأغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتحوط فى شأنها للمستقبل . ولأنه لا حرج - بل ليس أولى - وأفضل - من التزيد فى تحقيق هذه الأغراض أمام نفعها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضرورى منها . فضلاً عن اعتماد خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها والى خضوعها لرقابة ادارية أو اشراف ادارى أشد من سائر الجمعيات .

#### ٣٥١ - نشاط الجمعية

١ - قيود نشاط الجمعية : من الواضح ان نشاط الجمعية - كنشاط أى شخص اعتبارى - يتقيد بسببها التخصيص فينحصر فى حدود غرضها وحده دون غيره من الأغراض . وقد أكد المشرع المصرى هذا القيد فى شأن الجمعية خاصة بنصه على أن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها » . ولها أن تستعمل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت لأعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها » ( م ١٩ ) ، وأنه « لا يجوز للجمعية الدخول فى مضاربات مالية » ( م ٢٠ ) باعتبار ذلك منافساً للتخصيص القانونى للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادى .

---

(١) ولذلك يكون للجمعية أن تملك أو تكتسب حقوقاً على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها ( فى هذا الحيز : الفكرة الإيجابية للمشروع التمهيدى للتطبيق المدنى ، مجسدة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٦١ - لكن قانون : عبد النعاش عبد الباقى ، المراجع السابق ، فقرة ١١٨ ، ص ١٧١ ) .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاطات الجمعية . منها عدم انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ، وعدم جواز حصولها على أموال من شخص أو هيئة أجنبية ، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات في الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عدا المبالغ الخاصة بشمن الكتب والمجلات العلمية والفنية ( م ٢٣ ) ، وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها . ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجوز الترخيص بجمع تبرعات من الجمهور أو إقامة حفلات وأسواق خيرية أو مباريات رياضية أو غير ذلك من وسائل جمع المال للأغراض الاجتماعية الا للجمعيات والاتحادات المشهورة وفي الأحوال وبالأوضاع والشروط التي تبينها اللائحة التنفيذية ( م ٢٥ ) .

٢ - رقابة نشاط الجمعية : كان المشرع يخضع في الأصل نشاط الجمعية لرقابة ادارية . غير أنه زاد هذه الرقابة في القانون الحالي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محكما بذلك قبضة الادارة على الجمعيات . وفي سبيل تمكين الادارة من ممارسة سلطتها في الرقابة ، جعل المشرع للجهة الادارية المختصة حق الاطلاع على السجلات والوثائق التي يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها في مركز ادارتها ( م ١٦ ) ، وحق فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية ( م ٢٧ ) .

ونوجز أهم أوجه الرقابة الادارية فيما يلي :

١ - يجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به أموالها خلال أسبوع من تاريخ حصوله ( م ١٨ ) . وأن تبذلها بكل اجتماع للجمعية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبالمسائل الواردة في جدول الأعمال والأوراق المرفقة به ( م ٣٩ ) . وأن تبذلها كذلك بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع ( م ٤٤ ) .

٢ - لوزير الشؤون الاجتماعية تعيين ممثل للوزارة وممثل لكل هيئة من الهيئات الإدارية المعنية أعضاء في مجلس إدارة الجمعية ، على أن لا يزيد عددهم عن نصف مجموع أعضاء المجلس - ( م ٤٨ ) •

٣ - خروجاً على الأصل من انعقاد الجمعية العمومية للجمعيات بناء على دعوة من مجلس الإدارة ، يمكن انعقادها بناء على دعوة من الجهة الإدارية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص ( م ٣٦ / ج ) •

٤ - لجهة الإدارية المختصة ، إذا دعت الضرورة ، طلب عقد مجلس إدارة الجمعية بخطاب موصى عليه تحدد فيه الموضوعات التي ترى عرضها على المجلس • ويجب على المجلس النظر في هذه الموضوعات في التوعد الذي تحدده الجهة الإدارية أو خلال شهر على الأكثر من تاريخ إبلاغه ( م ٥٣ ) •

٥ - للجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية ، يكون مخالفاً للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للأداب ( م ١ / ٣٢ ) • ولكن يكون للجمعية ولكل ذى شأن الطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الإدارى ، ويجب على هذه المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال ( م ٢ / ٣٢ ) •

٦ - لوزير الشؤون الاجتماعية ، بقرار مسبب ولمدة محددة ، تعيين مدير أو مجلس إدارة مؤقت للجمعية ، إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة غير كاف لانعقاده انعقاداً صحيحاً ، أو إذا لم يتم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الإدارية المختصة - ( م ٢٨ ) •

٧ - للجهة الإدارية المختصة أن تقرر - بقرار مسبب - ادماج أكثر من جمعية تصل لتحقيق غرض متماثل أو توحيد إدارتها أو تعديل أغراضها ، تبعاً لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التى تؤديها أو لغير ذلك من الأسباب التى تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، على أن يراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ما تؤديه من خدمات ( م ٢٩ ) •

### ٣٥٢ - انقضاء الجمعية

تنقضى الجمعية بالاسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتباري (١) ، مثل انتهاء الأجل المحدد لها ، أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه ، أو موت كل أعضائها أو تضاؤلهم الى أقل من الحد الأدنى المفروض (٢) ، أو بحلها حلا اختياريا أو حلا اجباريا - وهذا السبب الأخير هو الذى نعرض له بخاصة فيما يلى :

١ - **الحل الاختيارى** : لا يتأتى حل الجمعية حلا اختياريا الا بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي أعضائها ، ما لم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك ( م ٢/٤٢ ) .

٢ - **الحل الاجبارى** : لم يكن يتأتى فى الأصل حل الجمعية حلا اجباريا الا بحكم قضائى ، وهذا أفضل ضمانا لعدالة الحل ولزومه وإرتقاعه عن مظان الشبهة والتحكيم (٣) . ولكن القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ جعل هذا الحل بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، على أن يبين هذا القرار للجمعية بخطاب موصى عليه بعلم وصول ( م ١/٥٧ و ٢ ) . غير أن الوزير لا يملك تقرير الحل الا فى حالات محددة ذكرها القانون على سبيل الحصر وهى : (١) اذا ثبت عجز الجمعية عن تحقيق الأغراض التى أنشئت من أجلها . (٢) اذا تصرفت فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها . (٣) اذا تعذر انعقاد جميعيتها العمومية عامين متتاليين . (٤) اذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو خالفت النظام العام أو الآداب ( م ١/٥٧ ) . ولكن يظل من حق الجمعية ومن حق كل ذى شأن الطعن فى قرار الحل أمام محكمة القضاء الإدارى ، ويوجب المشرع على المحكمة الفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبفون مصرقات ( م ٣/٥٧ ) .

### ٣٥٣ - تصفية الجمعية

إذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا اجباريا ، فتدخل دور التصفية التى يقوم بها مصف تعينه الجهة التى أصدرت قرار الحل

(١) انظر سابقا ،قرة ٣٢٥ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٦٥ .

(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

( م ٥٩ ) ، أتى تعيينه الجمعية العمومية في حال الحل الاختياري ووزير الشؤون الاجتماعية في حال الحل الاجباري . وينبغي - قياسا على المقرر في شأن الشركات - الابقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية ، ولكن في حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها فحسب كما سبق البيان(١) ، واعتبار المصفي مثالا لها في هذه الحدود .

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفي بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر في نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الآمرة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز أن ينص في نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التي تعمل في ميدان عمل الجمعية المنحلة ، ( م ٥ ) ، مما يعني عدم جواز انصص على أيلولة أموالها عند الحل الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم . وحكمة ذلك واضحة ، لأن الأصل في وجود الجمعيات ليس هو تحقيق ربح للأعضاء ، فضلا عن أن مواردها تجمع في الغالب من حصيلة التبرعات والاعانات فيجب أن لا يكون مصدرا لاثراء الأعضاء . ولكن اذا انتفت هذه الحكمة - وهو ما يتحقق في شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق الماعنات ( م ٣/٥ ) ، وفي شأن حصص الجمعيات التعاونية ( م ٥٥ من قانون الجمعيات التعاونية رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ ) - فليس ما يمنع من النص في نظام الجمعية على ايلولة هذه الأموال أو تلك المخصص الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم .

وإذا لم يوجد في نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيذ على كيفية توزيع المتبقى من أموالها ، أو وجد ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة الإدارية - وهي المجلس التنفيذي للمحافظة - أن يقرر - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة - توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الهيئات الاجتماعية التي تراها ( م ٢/٦٠ ، و م ٢/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ في شأن الحكم المحل ) .

### ٣٥٤ - الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة

من الجمعيات ما يتمتع غرضه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض ، بالتكئين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واغطاء السلطة الادارية - مقابل ذلك - تسطاً من الاشراف والهيمنة عليها اكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية . وهذه الجمعيات كانت معروفة دائماً في القانون المصري باسم الجمعيات ذات النفع العام ، ولكن المشرع أصبح يسميها اليوم « الجمعيات ذات الصفة العامة » .

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع في حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة ، وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، ولذلك ينص المشرع على أن « تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك » . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية « ( م ٦٢ ) » غير أن سحب الصفة العامة من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية ، بل يقتصر على مجرّد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة وإعادة اخضاعها للنظام العادي للجمعيات عموماً .

والجمعيات التي يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة ، تظل - رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة - من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تمد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

( ١ ) امتيازات الجمعيات ذات الصفة العامة : تتمتع الجمعيات ذات الصفة العامة - بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة - بنوعين هامين من الامتيازات :

٢ - تعتبر هذه الجمعيات مستثناء من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات (م ٦٥) ، فتستطيع أن تملك أو تكتسب حقوقاً على العقارات ولو كانت مجاوزة للقدر الضروري لتحقيق غرضها .

٢ - تتمتع هذه الجمعيات ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة ، وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية . ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصلة العامة من هذه الاختصاصات والامتيازات (م ٦٤) (١) .

#### ( ٢ ) سلطة الإدارة في الإشراف على الجمعيات ذات الصلة العامة :

إذا كانت الجمعيات ذات الصلة العامة تتمتع ببعض مزايا واختصاصات السلطة العامة ، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لإشراف ورقابة إدارية أشد من سائر الجمعيات العادية . ولذلك أعطى المشرع لجهة الإدارة المختصة - وهي المحافظ (٢) - الرقابة على تشكيل مجالس إدارة هذه الجمعيات وهيئاتها

---

(١) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة في هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : **الجمعية العليا لمؤنة الشتاء وفروعها** ، **جمعية الهلال الأحمر بالقاهرة والإسكندرية** ، **جمعية الأسقف العام الأهلية في جميع أنحاء الجمهورية** ، **والجمعية العامة لمكافحة المدخن بالقاهرة** ، **والجمعية النسائية لتحسين الصحة** ، **وجمعية الميرة وفروعها** ، **والجمعية الخيرية الإسلامية بالقاهرة** ، **وجمعية الحراسة الإسلامية بالقاهرة** ، **ودابطة الإصلاح الاجتماعي بالقاهرة** ، **وجمعية اللواسة الإسلامية بالإسكندرية** ، **وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالإسكندرية** ، **وجمعية العروة الوثقى بالإسكندرية** ، **ومبرة الإسكندرية** ، **وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالإسكندرية** ، **وجمعية تولادى بالحدادى ( النشرة التشريعية** ، **فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٢٦٢ )** . وصدر كذلك قرار كان من رئيس الجمهورية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية أخرى جمعيات ذات نفع عام . وفوض وزير الشؤون الاجتماعية في أن يسن - بقراره - ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة (النشرة التشريعية ، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧) . ثم كذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار تلك جمعيات من الجمعيات ذات النفع العام ومن بينها الهيئة العليا لسباق الخيل بالقاهرة . ودخل وزير الشؤون الاجتماعية سلطة تعيين ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة .

(٢) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار الجمهوري رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .



التنفيذية ، باستبعاد من ترى استبعاده من المرشحين لانتخاباتهما (١) ،  
والإشراف على هذه الانتخابات ، وإلغاء الانتخاب (٢) الذى يقع مخالفا لنظام  
الجمعية أو للقانون ( م ٥٥ ) .

### الوجه الثانى مجموعات الأموال

#### ٣٥٥ - تهديد وتقسيم

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التى تتألف من  
أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . وقد كانت الأوقاف الى قريب هى  
الصورة الوحيدة التقليدية فى مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية.  
اذ حجب انتشار الوقف فى مصر وتواصل فيها منذ قديم ، كنظام تقليدى  
مستقر ، وأخر طويلا ظهور صور أخرى الى جواره من مجموعات الأموال ذات  
الشخصية الاعتبارية . غير أن ما أحاط بنظام الوقف فى العمل من جمود  
وما اتسمت به أدواته من فساد ، صرف كثيرا من الناس - فى تحقيق ما  
يريدون من أغراض البر - عن سلوك طريق الوقف ، واضطربهم - لذلك  
ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التى لا تحصل معنى  
البر (٣) - الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة أو طرق غير مناسبة  
كأنشاء جمعيات لتحقيق هذه الأغراض . من أجل ذلك لم يجد المشرع  
المصرى بدا من إنشاء صورة جديدة من صور مجموعات الأموال ذات الشخصية

---

(١) يجب إبلاغ الجهات المختصة باسمه المرشحين قبل موعد إجراء الانتخابات بثلثين  
يوما على الأقل . ولهذه الجهة استبعاد من تراء وإبلاغ ذلك الى الجمعية قبل موعد الانتخاب  
بسبعة أيام ، والا اعتبر سكوتها عن عدم الاعتراض خلال هذه المدة موافقة منها على الترشيح  
( م ٥٥ ) .

(٢) يتم الإلغاء بقرار يصيب تصفده الجهة الإدارية المختصة خلال خمسة عشر يوما من  
إبلاغها بمحضر الانتخاب ( م ٢/٥٥ ) .

(٣) كمشروع القرض ( انظر فى استنتاج استرجاع مخرج الوقف : سليمان مرزى ، المرجع  
السابق ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٣٦٢ ) .

الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصورة المعروفة والمتنتشرة في كثير من الشرائع الحديثة وهي صورة « المؤسسة » .

#### (١) الأوقاف

##### ٣٥٦ - شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف أو عن التملك لأحد من العباد ورصد منفعتها - على سبيل التأييد أو التأييد - على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء . وقد تأسل نظام الوقف في الفقه الإسلامي ، وشاع الالتجاء اليه منذ أول العهد الإسلامي في البلاد الإسلامية وفي مصر منها خاصة ، لما يحمله من معنى التصديق المنسوب اليه ديانة .

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، أمام عدم وجود نص صريح أول الأمر في القانون المصري ، وأمام افتقار نظرية للشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي . ولكن الواقع أن هذا الفقه يحتوي على بعض أحكام فرعية لا يمكن حملها الا على محل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحيته بموجب الحقوق والالتزامات ، مما يعنى وجود أساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية في هذا الفقه (١) . فضلا عن ذلك ، ففي أحكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته - في نظر الفقه الإسلامي - للوجوب له وعليه ووثقت له القيمة أو الشخصية ، إذ ثابت له - بمقتضى هذه الأحكام - انفصالة واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واستناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى أحد من هؤلاء ، كتحملة بالدين في أحوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه في الضمان عن استهلاك ماله أو اقتضائه أجزائه وحقه في ملكية ما يشتري من فائض غلاته (٢) .

(١) انظر في ذلك :

محمد فرج السنهوري ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي ، ج ٢ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ - وكتابنا سابق الذكر ، ص ٨٦٤ - ٨٦٥ ، و ٩٦٤ - ٩٦٥ .

(٢) انظر في تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف في نظر الفقه الإسلامي : محمد فرج السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ .

ولذلك لم يكن غريبا أن يستقر القضاء المصري على اعتبار الوقف شخصا من الأشخاص الاعتبارية<sup>(١)</sup> ، وإن يعتبر ناطره نائبيا عن الوقف لا عن المستحقين . وقد أحسن المشرع المصري من بعد بإقرار هذا الاتجاه المحمود الذى يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الإسلامى إلى الوقف ، اذ نص صراحة فى التقنين المدنى الحالى على احتساب الأوقاف من طوائف الأشخاص الاعتبارية ( م ٣/٥٢ ) .

ويخضع الوقف فى تنظيمه وأحكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجع من مذهب أبى حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل . وليس هذا مجال عرض أحكام الوقف ، فانما يعيننا الكلام فيه فى هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا .

وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الأشخاص الاعتبارية التى يضى الاعتراف العام فى شأنها دون اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه بأشهاد لدى المحكمة<sup>(٢)</sup> وقيده فى دفترها .

وتنتهى شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة الممينة له ان كان مؤقتا ، أو بانقراض الموقوف عليهم ( م ١٦ من قانون الوقف ) . ويعود الوقف ملكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، والا كان للخزانة العامة ( م ١٧ ) . وتنتهى هذه الشخصية بحكم من المحكمة - بناء على طلب ذوى الشأن - اذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم يمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا<sup>(٣)</sup> ، ويصير

---

(١) السيدة زينب الجزية ، ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ . المحلقة ٤٨٢/١٦٢/٢ . استئناف  
مختلط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ . المحلقة ٤٧١/٤٠٠/٥ . نظري ٣٦ أبريل سنة ١٩٣٤ .  
مجموعة صر ، ج ١ . رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ .  
(٢) اذا كان الموقوف غفلا ، فيجب تسجيل الأشهاد المذكور فى سجلات الشهر العقارى .  
(٣) وكذلك يمكن - بقرار من المحكمة - إنهاء الوقف جزئيا فى نصيب أى مستحق يصعب  
سما يأخذ من الغلة ضئيلا ( م ١٨ ) .

ما انتهى فيه الرقف ملكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحكم  
بانتهائه ( م ١٨ ) .

### ٣٥٧ - مصر نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت اقدامه وشاع العمل به في مصر منذ  
قرون عديدة ، الا أن تطور الأوضاع الاقتصادية في العصر الحديث قد كشف  
عن جمود هذا النظام بمركلته تداول الاموال واستغلالها على النحو المثير  
للمفيد ، مما انعكس منه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب  
الفقراء والمستحقين فيه تافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من  
يد طولى في تخريب اعيانه ونهب ثمراته وتضييع اغراضه . من أجل ذلك ،  
عمت الشكوى من سوء حال الأوقاف ، وارتفعت الدعوة الى انائها وحلها .  
وقد وجد المشرع المصري ، في صدور قانون الاصلاح الزراعي المحدد للملكية  
الأراضي الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخل  
حاسما - وان كان جزئيا - باليتر بمعد أن استصحى العلاج . فقتضى بإلغاء  
الوقف على غير الحيرات وهو المعروف بالوقف الأهل بالرسوم بقانون رقم ١٨٠  
لسنة ١٩٥٢ .

وبذلك انكمش وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار في الوقف الخيري .  
وحده الذي يكون مصرفه في الحال خالصا لجهة من جهات البر . وفي شأن هذا  
الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقي من مساوئ ادارته المزمته ومن جمود  
نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر  
لنفسه (١) ، وأجاز لوزير الأوقاف - بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة  
المحكمة - اصدار شرط الواقف وسرف ريع الوقف كله أو بعضه على جهة بر  
أخرى تكون أولى من الجهة التي عينها الواقف (٢) . وإذا كانت هذه الأحكام  
تستجيب لدواعي الاصلاح والملاج الواجبة ، فيبدو أنها تكاد تحمل الأفراد  
على الاجتياح عن سلوك طريق الوقف وتكاد تغطي بالتالي على البقية الباقية

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

منه(١) . وبخاصة بعد استحداث القانون المصرى نظام المؤسسات الخاصة .

## (٢) للمؤسسات الخاصة

### ٣٥٨ - تمهيد

سبق أن أشرنا الى أن قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور المؤسسات الخاصة فيها . فلم يتم ادخال صورة المؤسسة الا على يد التقنين المدنى الحالى الذى عني بتنظيم أحكامها فى المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه . وقد رأى المشرع من بعد - بمناسبة اعادة تنظيم وجمع أحكام الجمعيات - أن يعيد تنظيم أحكام المؤسسات كذلك - فاصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ حاملا لأحكام الجمعيات والمؤسسات التى سماها « المؤسسات الخاصة » تمييزا لها عن « المؤسسات العامة » ، وناصحا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المسئى . وقد تم من بعد إلغاء هذا القانون واحلال القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محله ، وهو الذى نعرض لأحكامه فى تنظيم المؤسسات الخاصة فيما يلى :

### ٣٥٩ - مقومات المؤسسات الخاصة

المؤسسة الخاصة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام ، دون قصد الى ربح مالى ( م ٦٩ ) . ومن هذا التعريف ، تتبين أركان ومقومات المؤسسة الخاصة الآتية :

١ - تقوم المؤسسة أساسا على مال أو مجموعة من الأموال كالوقف ، وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، فقد يكون منشؤها واحدا ، وقد يكون لها منشئون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون فى

---

(١) محمد مصطفى شلبي ، الوقف والنسبة بين الفقه والقانون ، ١٩٥٨ ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

تكوينها كاعضاء فيها بل ينتهى دورهم برصد ما يخصمون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود .

٢ - تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون أى قصد إلى تحقيق ربح مالى . وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التى تستهدف الربح المالى . وإذا كانت المؤسسة تتفق وتشارك مع الجمعية فى استبعاد استهداف تحقيق الربح ، إلا أنها يفرقان مع ذلك فى نوع ما يصلحان لتحقيقه من أغراض ، إذ لا تصلح المؤسسة - إلا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق أغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء . وإذا كانت المؤسسة كذلك تتفق مع الوقف - منذ الفاء الوقف الأهل (١) - فى استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، إلا أن أغراض المؤسسة تجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لأنها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر .

٣ - تنشأ المؤسسة لجهة غير معينة ، فلا يجوز تحديدها بجهة مؤقتة معينة ، وهى فى ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا .

### ٣٦٠ - انشاء المؤسسة الخاصة وبه شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بإرادة منشئها إذا كان واحداً أو منشئها إذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة فى حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا إلى ما بعد الموت لا توجد به إلا بعد وفاته أو وفاتهم . ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمى إذا كان حالا ، وإذا كان مضافا إلى ما بعد

---

(١) كان من شأن وجود الوقف الأهل إمكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة . كرمه الشخص مالا على تعليم أفراد أسرته . أما اليوم وبعد أن ألغى الوقف الأهل ، فلا يأتى إعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية إلا عن طريق اعتراف خاص من المشرع ( أنظر : استاين - غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ ) . أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير حثيث فى كل الأحوال .

الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها ، اذ ينص على ان « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمي أو وصية » ( م ١/٧٠ ) .

ويعتبر انشاء المؤسسة ، بالنسبة الى دائني المنشئ وورثته ، تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشئ (١) ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من احكام (٢) .

ويعتبر السند الرسمي أو الوصية يانشاء المؤسسة دستورها ، ولذلك يجب أن يشتمل على البيانات الأساسية المتعلقة بها وهي : اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز في « جمهورية مصر العربية » ، والغرض من انشائها ، وبيان للأموال المخصصة له ، ونظام ادارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها ( م ٢/٧٠ ) .  
وفضلا عن ذلك يجب أن يشتمل سند المؤسسة على البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة ( م ٣/٧٠ ) .

واذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشئ وبارادته وحده ، فمقتضى ذلك في الأصل امكان رجوعه في هذا الانشاء - وظاهر أن الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة - باعتبار الوصية غير ملزمة للموصى الا بموته - امكان رجوع المنشئ عن المؤسسة في أى وقت قبل موته (٣) ، فلا

(١) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائني المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية » ( م ٧١ ) - ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه هبة لأن الهبة عقد يتطلب الإيجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التي لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة إذ تكفي لذلك إرادة المنشئ وحده ( انظر : عبد النبي - حجازي ، ص ١٨٩ - ١٩٠ - اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ ) .

(٢) فيجوز لدائنيه الطعن في هذا التصرف ومنع نقله في حقه اذا توافرت شرائط الدعوى البوصية ( م ٢٢٨ مدني ) . ولا ينفذ هذا التصرف في حق الورثة - اذا كان وصية أو في حكمها - فيما زاد على ثلث التركة الا بإجازتهم .

(٣) في هذا المعنى :

سليمان مرسى ، ص ٢٦٤ - شمس الدين الركيل ، ص ١٢٢ - جميل القرقول ، ص ١٧٦ و ٢٧٧ - اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ - عبد القم البداوى ، ص ٧٢٧ .  
وقارن مع ذلك :  
شفيق شعاعه ، حاشي ص ١٢٧ - عبد الحمى حجازي ، ص ١٨٩ - محسنه سامي ، حذكوذ ، ص ١٥٦ .

توجد المؤسسة المرص بها إذن إلا بعوت منشئها مصرا عليها . أما إذا كان إنشاء المؤسسة حالاً بسند رسمي ، فيجوز منشئها المبدول عنها بسند رسمي آخر بشرط أن يتم هذا المبدول قبل شهر المؤسسة ( م ٧٢ ) .

وكما هو الشأن في الجمعيات لا تثبت الشخصية للمؤسسة إلا بشهر نظامها ( م ٧٣ ) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك في مواجهة الكافة . ويتم شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الإدارية المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقاً للأحكام المقررة لشهر الجمعيات ( م ٧٤ ) .

وقد كان المشرع في التقنين المدني يجعل إنشاء المؤسسة في الأصل حراً دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه آخر . ولكنه عدل من بعد عن ذلك ، فأخضع الانشاء مثل هذه الرقابة (١) ، إذ نص على أن « للجهة الإدارية المختصة ، بعد أخذ رأي الاتحاد ، الاعتراض على إنشاء المؤسسات » ( م ٧٥ ) . ولكنه أحسن بتحديد الأسباب المبررة للاعتراض على إنشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة تحكمية من جانب الجهة الإدارية ، وحتى يمكن للقضاء الإداري مراقبة قرارات الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ، إذ نص على أن « للمجلس التنفيذي للمحافظة (٢) ، بعد أخذ رأي الاتحاد المختص ، الاعتراض على إنشاء المؤسسات إذا تبين أنها تسمى الى أغراض لا تدخل في نطاق أوجه النشاط الأكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها أو لا تدخل في نطاق ميادين الخدمة الوارد بيانها بهذه اللائحة » ( م ١/٢٥ ) من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وذلك تقادياً لبعثرة الجهود وتخيراً للأصلح والأحوج لكل منطقة .

(١) انظر في موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مبدأ حرية إنشاء المؤسسات ومبدأ

رقابتها

Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, 1967, t. III, les fondations.

(٢) حل هذا المجلس محل « مجلس المحافظة » القديم الذي يشير اليه النص ( م ٢/٥٦ )

من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ في شأن الحكم المحلي .



### ٣٦١ - متى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها

( ١ ) قيود أهلية وجوب المؤسسة : واضح أن المؤسسة تتقيد أهلية وجوبها بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص الاعتباري بوجه عام ، فلا تثبت لها حقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، ويقتصر ما يسند إليها من حقوق والالتزامات على المتعلق منها بفرضها المحدد فحسب دون غيره من الأغراض خضوعاً لمبدأ التخصص الذى سبقت الإشارة إليه .

وفضلاً عن هذه القيود العامة التى تحد من أهلية وجوب المؤسسات والاستخدام الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات الخاصة كذلك بقيد خاص ، اذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات إلا بأذن من الجهة الإدارية المختصة » ( م ٧٨ ) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهبات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الأصل أو من شأنها إخراج المؤسسة عن هذا الغرض .

وتكن لا يرد على أهلية وجوب المؤسسات - كما سبق البيان - مثل ما يرد على أهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات أو اكتساب حقوق عنها إلا بالقدر الضرورى لتحقيق غرضها . فتستطيع المؤسسات إذن أن تملك أو تكتسب حقوقاً على عقارات ولو جاوزت فى ذلك هذا القدر الضرورى .

( ٢ ) نشاط المؤسسة ورقابته : اذا كانت أهلية وجوب المؤسسة تتقيد بمبدأ التخصص ، فهى تتقيد به كذلك فى شأن نشاطها ككل شخص اعتباري ، فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق أساساً غرضاً أو أغراضاً أخرى . ويتولى نشاطها مدير يقوم بإدارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات ( م ٧٦ ) .

و ضماناً للالتزام المؤسسة فى نشاطها أحكام القانون وأحكام نظامها وكفالة لحسن إدارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون

للدائرة سلطات واختصاصات واسعة في رقابتها وفي تعديل نظامها على السواء .  
( م ٧٥ ) ( ١ ) .

١ - **فليما يتعلق برقابة** ، أعطى القانون لجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هي :

(١) لجهة الادارة المختصة - وهي مديرية الشؤون الاجتماعية المختصة (٢) -  
- سلطة الاعتراض على أى تصرف مالى - يجريه مدير المؤسسة أو مجلس ادارتها خلال شهر من تاريخ اخطارها به (٣) - فإذا لم تترض خلال تلك المدة . اعتبر التصرف نافذا ( م ٨٠ ) .

(٢) لجهة الادارة المختصة - والمقصود بها هنا المحافظ (٤) - سلطة عزل المديرين الذين ثبتت اهمالهم في الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لا يتفق مع اغراضها أو قصد منشئها ، أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر ، أو لاعتبارات قومية . وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم فى ادارتها ( م ٧٩ / ١ ) .

(٣) لجهة الادارة المختصة - وهي المجلس التنفيذي للمحافظة (٥) -  
وقب تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون المؤسسة . يكون مخالفاً للقانون أو لنظام المؤسسة العام أو للآداب ( م ١ / ٣٣ و ٨١ ) ( ٦ ) .

---

(٦) وذلك على خلاف ما كان يقرره التقنين المهنى ( م ٧٦ ) من اعطاه هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تقدمه جهة الادارة المختصة .  
(٧) م ٤٤ / ٢ من اللائحة التنفيذية للجمعيات والمنظمات الخاصة ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

(٨) يجب أن يتم الاخطار خلال اسبوع من توقيع اجراء التصرف ( م ٨٠ ) .  
(٩) م ٤٤ / ١ من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .  
(١٠) م ٤٤ / ٢ من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر ، و م ٢ / ٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٦١ فى شأن الحكم المحل .

(١١) وللؤسسة ولكل فئ شأن أن يطعن فى قرار وقف التنفيذ بشرط رسوم أمام محكمة القضاء الادارى ، وعلى المحكمة أن تظن فى الظن على وجه الاستيعاد ( م ٢ / ٢٢ و م ٨١ من القانون ) .

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة فى شأن المؤسسات عموماً فاللمجلس التنفيذى للمحافظة سلطة تعيين ممثل أو أكثر لمديرية الشئون الاجتماعية فى مجلس ادارة المؤسسات التى تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور ( م ٢/٣٦ من اللائحة التنفيذية م ٢/٥٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى ) .

٢ - وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة ، أعطى القانون جهة الإدارة المختصة وهى المحافظ (١) - سلطة تخفيف أو إلغاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة فى سند انشائها ، اذا كان ذلك لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها ( م ٧٩ ) .

#### ٣٦٢ - انقضاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية أو الشركة تنقضى بالحل الاختيارى والحل والإجبارى على السواء ، فواضح أنه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل الإجبارى وحده دون الحل الاختيارى لأنها مجرد مجموعة أموال وليست بجماعة أشخاص .

ويقرر القانون أنه يسرى على المؤسسة من حيث حلها وتصفيتها ما يسرى على الجمعيات من أحكام ( م ٨١ ) ، مما يعنى أن مثل هذا الحل يصدر به قرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص وذلك فى حالة عجز المؤسسة عن تحقيق أغراضها ، أو تصرفها فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها ، أو ارتكابها مخالفة جسيمة للقانون أو مخالفتها النظام العام أو الآداب ( م ٥٧ ) .

وتجرى التصفية وفق الأحكام المقررة فى سند انشاء المؤسسة ، والا وجب على الجهة الادارية - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة - أن تقرر توجيه أموال المؤسسة المنحلة الى الهيئة الاجتماعية التى تراها ( م ٢/٦٠ م ٨١ ) .



## الباب الثاني

### محل الحق

#### ٣٦٣ - تمهيد وتقسيم

إذا كان للحق صاحب هو الشخص ، فله كذلك محل . وفي هذا الصدد ينبغي اجتناب الخلط بين « محل الحق » وبين « مضمون الحق » (١) . فمضمون الحق هو السلطات أو المكينات التي يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - يضمونه هذا - من شيء أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستقلال والتصرف ، بينما يعتبر الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق - كما سبق البيان - قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أشياء هو الحق المعنوي الذي يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء مادي ، وكذلك فالحق الذهني محل شيء من الأشياء . وفق كان شيئا معنويا غير مادي هو الخلق الذهني أو الفكري . والتفصيل الرئيسي للحقوق التي محلها أعمال هو الحق الشخصي أو حيق الدائنية ، إذ هو سلطة للدائن في اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل إيجابيا أو سلبيا .

فنتقسم الكلام في محل الحق انذ الى فصلين :

الفصل الأول - في الأشياء .

الفصل الثاني - في الأعمال .

(١) في هذا المعنى :

## الفصل الأول

### الأشياء

#### ٢٦٤ - ملول الشيء ، وتمييزه عن المال

المقصود أصلا بالشيء كل ما لا يعد شخصا ، ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان (١) سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحوس أو معنويا لا يدرك إلا بالتصور ، ولذلك فالشيء إما مادي أو معنوي . ومن أمثلة الأشياء المعنوية المصنفات الفكرية والاختراعات القابلة للاستغلال الصناعي والتي يحميها القانون بمنح براءات بها ، والعلامات والبيانات والأسماء والعناوين التجارية ، وأسماء الأشخاص الطبيعيين ، والمحل التجاري *Le fonds de commerce* الذي ينظر إليه في مجموعه كشيء معنوي مجرد له كيانه الذاتي المستقل عن العناصر المكونة له (٢) .

وإذا كان الشيء - ماديا أو معنويا - يصلح على هذا النحو محلا للحق ، فخذ سبق أن رأينا أنه ليس محلا لكافة أنواع الحقوق وإنما هو محلل لبعضها دون البعض . فهو يصلح محلا للحقوق القائمة على أساس من روابط التسلسل ، لأن التسلسل لا يتصور منصبا إلا على الأشياء ، ولذلك يصلح الشيء محلا للحق العيني وللحق الذهني وبعض حقوق الشخصية كالحق في الاسم ،

---

(١) ولذلك لا تجبر أشياء أجزاء الجسم الإنساني وأعضاؤه طالما لم تنفصل عنه . فالتفصل عنه وأصبح لها كيان ذاتي مستقل ، أمكن النظر إليها حينئذ بوصفها أشياء ومحلا للحقوق ( انظر سابقا ، متن وعامد ١٥ ص ٤٥٠ ) .

(٢) والنظر إلى « المحل التجاري » كمجموع مستقل من عناصره ، مرده إلى تخصيص هذه العناصر بغرض مشترك وتجميعها حول تحقيق هذا الغرض . ويؤدي ذلك إلى إضمار « العمل التجاري » كمجموع معنوي لنظام قانوني مستقل ومختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة ، وإلى اعتباره في مجموعه كذلك محلا لتصرفات قانونية كالبيع والرمز والإيجار ( انظر في عناصر المحل التجاري وأحكامه : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٧٦٢ وما بعدها ) .

ومع مراعاة أن محل الحق العيني هو الشيء المادى ، ومحل الحق الفنى  
والحق فى الاسم هو الشيء المعنوى . أما الحقوق التى تقوم على أساس من  
روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها هو العمل لا الشيء ، حتى ولو كان  
الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شيء من الأشياء .

وينبى عدم الخلط بين « الشيء » و « المال » . ذلك أن « المال » يقصد  
به الدلالة على الحق ذى القيمة المالية<sup>(١)</sup> ، أيا كان نوعه ، وأيا كان محله شيئا  
أو عملا ، وبذلك يعتبر مالا الحق العيني والحق الفنى فى وجهه المالى وحق  
الدائنية . أما « الشيء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا  
للحقوق التى تخول التسلط أو موضوعا لمحل الحقوق التى تخول  
الاقتضاء<sup>(٢)</sup> .

### ٣٦٥ - الأشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا أن الشيء المادى هو محل الحق العيني . ولكن ليست كل الأشياء  
المادية محلا صالحا للحق العيني ، بل ينبى - لصلاحياتها لذلك - أن تكون  
غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون ( م ١/٨١ مدنى ) .  
وهى تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها إذا كانت قابلة للحياة  
والاحراز على سبيل الاستثناء والانفراد ( م ٢/٨١ مدنى ) . أما الأشياء  
التي لا تقبل الاستثناء بحيازتها - كالمياه فى البحر ، وأشعة الشمس وضوء  
القمر فى الكون ، والهواء فى الجو - فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجة عن  
التعامل بطبيعتها ولا تصلح محلا للحق العيني . غير أن هذه الأشياء إذا  
انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجودها وأمكن بذلك احرازها وحيازتها ،  
تصبح قابلة لأن تكون محلا للحق العيني ، مثل كمية من الهواء تضغط فى  
وعاء أو كمية من ماء البحر تحجز فى إناء .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المسمى الحال . مجموعة الأعمال التحضيرية ،

ج ١ ، ص ٤٥٧ .

(٢) وقد يصر المصنف بهذا التمييز الأساسى بين الشيء والمال ، فلوورد فى الفصل

الثالث من الباب التمهيدى للقانون المسمى الحال تقسيمات للأشياء وأخرى للأموال . ونص - نى

مجال المقابلة بين الأشياء والأموال - على اعتبار الأول محلا للثانية ( م ١/٨١ ،

م ٤٥ - المختل إلى الثلاثين )

وقد تكون الأشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحتراز على سبيل الاستثناء والافراد ، ومع ذلك لا تصلح محلاً للحق العيني ، اذا اعتبرها القانون حكماً غير قابلة للاحتراز بتعريضه حيازتها والتعامل فيها<sup>(١)</sup> كالخدمات بأنواعها<sup>(٢)</sup> .

وتقسم الأشياء المادية تقسيمات عدة ، في طبيعتها من حيث الأهمية التقسيم الرئيسى الى عقارات ومنقولات ، والى جواره يوجد تقسيمان آخران للأشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمة . فنبحث فيما يلى بايجاز<sup>(٣)</sup> كل تقسيم منها فى مبحث على حدة .

## المبحث الأول

### العقارات والمنقولات

#### ٣٦٦ - أساس التقسيم ، وأهميته

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات . وقد عنى القانون المصرى بالنص على هذا التقسيم بقوله « كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول » ( م ٨٢/٢ مدنى ) . وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم

---

(١) انظر فيما يلزم اليه بعض الفقهاء من اعتبار الأشياء أو الأموال المصنوعة خارجة عن التعامل بحكم القانون ، ولى مناقشة ذلك ورفضه : كتابنا الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، أحكام حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، ص ٥٨ و ٥٩ .

(٢) ولا يخفى من ذلك اجازة التعامل استثناء فى هذه الأشياء . كاجازة بيع المفردات لأغراض طبية ( الفكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى للتطبيق الذى لمصرى العدل ، مجسوة الاعمال التطهيرية ، ج ١ ص ٤٦٠ ) .

(٣) اما تفصيل هذه التقسيمات ليجاله عند دراسة الحقوق العينية . اذ هي تقسيمات للأشياء المادية باعتبارها محلاً للحق العيني ، وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الأصلية ، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات ( وارجع فى ذلك : كتابنا فى أحكام الملكية صائب الذكر ، فترات ٢٣ - ٤٠ ، ص ٦٨ - ١٢١ . - عبد الرزاق الاستنورى ، الوسيط ، ج ٨ ، فترات ٣ - ٤٤ ، ص ١٠ - ٩٠ ) .



طبيعي يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء<sup>(١)</sup> وثبات البض منها واستقراره في مكانه وتحرك البض الآخر أو قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التي تحكم النوعين من الأشياء . ولذلك فإن لهذا التقسيم أهمية كبيرة تعرض لبعض أوجهها البارزة فيما يلي :

(١) كان من المحتم ، أمام ثبات المقارات واستقرارها ، ضرورة إخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها انشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليها أو الاحتجاج بها على الغير لاجراءات شهر معينة ، بحيث لا يتم شيء من ذلك الا بآتمام هذه الاجراءات<sup>(٢)</sup> . أما مثل هذه التصرفات الواردة على منقولات . فمن الضرر تصور إخضاعها لنظم شهر ماثلة أمام طبيعة المنقولات المتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدي . وعلى ذلك ، فبينما تنتقل الملكية مثلا في المنقولات المعينة بالذات بمجرد التعاقد ، لا تنتقل الملكية في المقارات الا بالتسجيل .

(٢) ما دامت لا توجد اجراءات معينة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات أمرا مشهورا معلوما للكافة كما هي الحال في المقارات ، ونظرا لسرعة تداول المنقولات في الأيدي سرعة فائقة ، لم يكن بد من إعتبار الحيازة في المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته . بينما الأمر يختلف عن ذلك في المقارات نظرا لامكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك في دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيازة المقار من الأثر القانوني ما لحيازة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيازة حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهي خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة .

---

(١) انظر في ذلك وفي بعض الاساس الاقتصادي للتقسيم الذي ينظر الى المقارات باعتبارها الاشياء ذات القيمة والمنقولات هي الاشياء العنصرية أو البائنة الثبة : كتابنا أحكام حق الملكية سابق الذكر ، فقرة ٢٢ ، ص ٦٩ و ٧٠ .

(٢) هذه الاجراءات هي التسجيل اذا تعلق الأمر بحقوق عينية أصلية . والقيد في شأن الحقوق العينية التبعية ( م ٩ و ١٢ من قانون الشهر العقاري ) .

(٣) اذا كان الحق العيني يخول صاحبه سلطنة أو حق تنبغ الشيء في أي يد يوجد ، الا أن ذلك ليس بالمبدأ المطلق ، اذ يختلف الامر في شأنه باختلاف طبيعة هذا الشيء وهل هو عقار أو منقول . فالمبدأ مطلق فيما يتعلق بالعقار . ولكنه مطلل كقاعدة عامة في المنقول حيث تعتبر الحيابة فيه سندا للحائز يتمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير .

وامتناع تنبغ المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بإمكان تنبغها ، كما هو الشأن في الرهن الرسمي وحق الاختصاص . بينما يحتاج الأمر عادة في ترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفا من سهولة تهريبها واستحالة تنبغها من بعد تحت يد الحائز ، وهو ما يتضح في صورة الرهن الحيازي .

(٤) ما دام العقار ثابتا ومستقرا في مكان معين ، فيكون طبيعيا أن يتحدد الاختصاص المحل في الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة في شأنها أصلا هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار ( م ١/٥٠ مرافعات جديد ) . بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظرا لحركته وكثرة تداوله بين الأيدي ، مما يستصعب معه اناطة الاختصاص المحل في الدعاوى للمنقولة بهذا المحل ، ولذلك يجعل الاختصاص في شأنها للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ( م ٤٩ مرافعات جديد ) .

(٥) لا تكون الشفعة الا في العقارات وحدها دون المنقولات ( م ٩٣٥ مدني ) .

(٦) يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجبل الأولى أكثر سرعة واقل تعقيدا من الثانية .

(٧) يقيد القانون اهلية الجمعيات في اكتساب الحقوق الواقعية على عقارات بالتقدير الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت هذه الجمعيات من أجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد في الحقوق الواقعة على منقولات .

والاثران الاخران ليسا الا بعض بقايا النظرة القديمة المتقنسة الى  
المقارن باعتبارها ارفع قيمة من المنقولات .

### المطلب الاول

#### المقارن

#### Les Immeubles

#### ٣٦٧ - الأصل والاستثناء

يقصد بالمقارن الاشياء ذات الأصل الثابت المتمتعة على النقل منه دون  
تلف ، فهي اذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة . غير أن المشرع قد اعتبر  
بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها وذلك اذا خصصت خدمة عقار  
أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة .  
فنعرض فيما يلي بإيجاز لهذين النوعين من المقارن .

#### ٣٦٨ - المقارن بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة (Immeubles par nature) الأشياء ذات  
المستقر الثابت الذي لا يمكن نقلها منه دون تلف ( م ٨٢ / ١ مدني ) . وفيه  
مقدمة هذه المقارن الأراضي ، سواء كانت ممتدة للزراعة أم للبناء . وكذلك  
ما يكون في جوفها من مناجم ومحاجر . وما يثبت على سطحها من نباتات  
أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها ، أما النباتات التي توضع  
في أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة أو  
مغروسة في الأرض . وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض  
أو في جوفها من أبنية ثابتة مستقرة (١) ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك  
الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء (٢) ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ،

---

(١) تعبر الأبنية من المقارن بطبيعتها في مجموعها أي في وكل أجزائها اللازمة والمتحدة  
لها كالأبواب بالقاليس والمساعد والتوالف ( في صلبها المبنى : كأنها في أحكام حق الملكية  
ص ٧٦ ) .

(٢) نفس ٣٦ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر ( الحنية ) ، رقم ٣٦ ، ص ٩٢ .

لأما المباني التي لا تكون مثبتة في الأرض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهي منقولات ، كخيام البدو ومخيمات الجواله والكشافه والاكشاك الخشبية .  
غير المثبتة في الأرض .

وما دامت الصفة العقارية للأشياء مناطها ثبات الأشياء واستقرارها في الأرض ، فمقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا فصلت عن الأرض وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت ، كأنقاض البناء المهديم والمعادن المستخرجة من الأرض ، والأحجار المقطعة منها والنباتات والمزروعات الخجنية .

#### ٣٦٩ - العقارات بالتخصيص (١)

(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص : اذ كانت القاعدة أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، الا أن ثم استثناء هاما يورده المشرع على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الأشياء واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استقلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر - رغم طبيعتها المنقولة - عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٢/٨٢ من التقنين المدني بقوله « ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضمه صاحبه في عقار يمتلكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استقلاله » .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (Immeubles par destination) هي مجرد افتراض أو حيلة قانونية (٢) يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب أحكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استقلاله

(١) راجع في ذلك بغامه :

Gulpha, L'immobilisation par destination, thèse Paris, 1948. — Planiol, Ripert et Pénard, t. III, Nos. 76 - 98. — Boudant et Veirix, t. IV, Nos. 110-111.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٢٧ - ٣٠ ، ص ٧٧ - ١٠٦ .

(٢) أنظر في ذلك وفي مناقشة مطولة تأسيس « العقار بالتخصيص » على فكرة التخصيص .  
كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٧ ، ص ٧٨ - ٨٠ .

كفالة لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعاً لما قد يجره الإبقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالي لنظم بخلافه للنظم التي يخضع لها العقار الذي تتبعه من امكان فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من جنيته - أو استغلاله .

(٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص : يشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص أن يتحقق أولاً تخصيص بعض المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، وأن تكون هذه المنقولات ثانياً مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه ( م ٢/٨٢ مدني ) . فنعرض فيما يلي بإيجاز لكل من هذين الشرطين :

١ - تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته : ينبغي لاعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصد على خدمة عقار بطبيعته أو استغلاله . وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أو استغلال العقار تخصيصاً مؤبداً أو دائماً (١) ، بل يكفي أن يكون ملحوظاً فيه صفة الثبات والاستمرار . ويشترط في التخصيص أن يكون عينياً لا شخصياً ، أي لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه (٢) ، فالدابة المدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ، بخلاف الماشية المخصصة لاستغلال الأرض نفسها . ولا يشترط في التخصيص أن يكون بالقدر الضروري لخدمة العقار أو استغلاله (٣) ، فيكفي مجرد نفعه وفائدته .

(١) في هذا المعنى :

Pinol, Ripert et Picard, t. III, No. 84. — Gulphe, thèse précitée, No. 76.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٢ .

Pinol, Ripert et Picard, ibid. — Boudant et Votrin, t. IV, (٢)

No. 118. — Gulphe, thèse précitée, No. 78.

(٣) في هذا المعنى :

المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التطبيقية ، ج ١ ، ص ١٦٧ — كتابنا مالك الذكر ، ص ٨٢ ، ٨٤ .  
وفانن : Pinol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, No. 78.

ويستوى بعد ذلك أن يكون التخصيص لحمة عقار أو استغلاله ، ومن قبيل التخصيص للخدمة ما يوضع في دور العبادة لخدمتها من سجاد ومقاعد وتماثيل وكتب مقدسة . ومن أمثلة التخصيص للاستغلال : ما يرصد على استغلال الأرض زراعيا من آلات مختلفة ، وأسمدة ، وبذور ، وحيوانات أو ماشية ، ولوعية أو صناديق أو أكياس تعبأ فيها المحاصيل الزراعية ما دامت لا تباع مع هذه المحاصيل بل تبقى في الأرض . وما يرصد على استغلال المصانع من آلات وأحواض التصنيع المنقولة ومن عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية أو المواد المنتجة ، وما يوضع في الفنادق من أثاث ومفروشات طالما أن الأبنية المقاربة مسدة أعدادا خاصا لاستغلالها كمصانع أو فنادق .

## ٢ - وحدة مالك العقار والنقولات وصولور تخصيصها منه :

إذا تحقق تخصيص منقولات لحمة عقار أو استغلاله ، فلا يكفي ذلك لتثبت صفة المقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب أن جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه . وهذا الاشتراط طبيعي ، لأن مشكلة الحلق بعض المنقولات بالمقار وربط مصيرها بمصيره وإخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تنور إلا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيائها من التفكك والتفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة - أي المقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله - في ملك شخص واحد (١) ، حتى لا يتأثر فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم إرادة المالك ، إذ لو كان مالك المنقولات غير مالك المقار لكان هذا الفصل متوقفا وطبيعيا . وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستاجر عقار أو صاحب حق انتفاع عليه رغم رصدها من جانبه على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التي

(١) في هذا المعنى :

Pinel, Ripert et Pénard, t. III, No. 98. — Boudant et Volzin, t. IV, No. 114. — Guipha, *Oben* prédictée, No. 92, p. 144.

كأبنا أحكام حق الملكية ، ص ٢٩ و ٩٠ .

يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو استغلاله .  
أو حتى يشتريها ولكن بمقدد معق نقل الملكية على الوفاء بكامل الثمن إذا قام  
برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام الوفاء .

وإذا كان مشروطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو  
استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزام أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار  
ملكيا مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة  
العقار بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لأحد الشركاء المشتاعين .  
في ملكية عقار إذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هذا العقار  
الشائع (١) .

ولا يكفي وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ،  
بل ينبغي أن يصدر التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذي يعمل  
لحسابه . ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص للأدوات الزراعية أو الماشية  
المخصصة لاستغلال الأرض ، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الأرض ، إذا  
كان الحاقها بالأرض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك ، كما لو قام  
بذلك المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن وعن حيازة ، إلا إذا كان نائبا في  
ذلك عن المالك .

(٣) حكم العقار بالتخصيص : إذا توافر الشرطان السابقان : شرط  
التخصيص وشرط وحدة المالك ، فإن المنقول الرصود على خدمة أو  
استغلال عقار يماثل معاملة العقار ، فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي  
رصد على خدمته أو استغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما في .

(١) في هذا المعنى :

Picard, Ripert et Picard, *ibid*.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٩١ .

ونظر مع ذلك حكما عكسياً لمكة النفس في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة المقتب  
الذي لأحكام النفس ( المدنية ) ، ص ٦ ، رقم ٨٤ ، ص ١٣٩ . ولكن انظر في انتقاده :  
اسماعيل غانم ، الحقوق البنية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، عايش ٥١٥ ، ص ١٧٠ -  
- كتابنا أحكام حق الملكية ، عايش ٥١٥ ، ص ٩١ - ٩٢ .

المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردعا الى  
التخصيص<sup>(١)</sup> .

وعلى هذا النحو لا يجوز الحيز على العقارات بالتخصيص حيز المنقول ،  
ولا التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصودة على خدمته أو استغلاله .  
ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به - دون حاجة الى نص أو شرط خاص -  
ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، الا ان  
ينص على خلاف ذلك .

## المطلب الثاني

### المنقولات

#### Les Meubles

### ٢٧٠ - الأصل والاستثناءات

اذا كان المشرع يكتفى بتعريف العقار، مما يترك تعريف المنقول يستنبط  
عن طريق الاستبعاد ، فمعنى ذلك أن كل شيء لا تتوافر له صفة العقار - أي  
صفة الاستقرار والثبات في حيزه - يعتبر منقولا بالطبيعة . غير أن تم  
استثناءات ترد على هذا الأصل ، اذ تعتبر بعض الأشياء - خلافا لطبيعتها -  
منقولات بحكم القانون ، هي المنقول بالمال والمنقولات المعنوية .

### ٢٧١ - المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة (Meubles par nature) الأشياء المادية  
غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف<sup>(٢)</sup> . ومن أمثلتها

(١) ولكن اذا كانت المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله تأخذ حكم هذا العقار  
وكيفية في صوره ، الا أن ذلك لا ينفي ان هذه المنقولات تنقل منفصلة بذاتيها وفرديتها ، مما  
يبرر في احوال خاصة الخروج على المبدأ العام الثاني بمعاملتها معاملة العقارات من كل الوجه  
وفي مواجهة الجسد . ولذلك لا يفتقر مانع المنقولات الذي لم يستوف كمال الثمن حقه ما يجب  
كمنقولات ولم يقيم المشتري برصدها على خدمة أو استغلال عقاره واعتادها لذلك وصف المعنوي  
بالتخصيص ( انظر كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٩ ، ص ٩٤ و ٩٥ ) .

(٢) ليس الانتقال القليل شرطا لاختيارها من المنقولات ، وانما يكفي مجرد قابليتها للحركة  
والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت معدة للبقاء في مكان معين كالملابس  
الرائدة على شقق الأتجار .



المحوانات ، والسيارات ، والسفن والطائرات (١) ، وأثاث المنزل ، والكتب ، والبضائع ، والأكولات ، وأنشروبات ، وقد ناز الشك حول اعتبار بعض الأشياء منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء . ولكن الرأي أصبح مستقرا الآن على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، إذ هي أشياء مادية تتركها الحواس رغم أنه قد تحتويها أنابيب ثابتة لها صفة المقار . وتطبيقا لذلك يعتبر اختلاسها من قبيل السرقة التي لا تقع إلا على المنقولات .

### ٣٧٢ - المنقولات بالمال (٢)

يقصد بالمنقولات بالمال (Meubles par anticipation) أشياء هي بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكما واقتراضا وصف المنقولات باعتبار أنها متصرف في القريب (٣) . ومثل هذا الافتراض القانوني إنما تبرره الغاية منه . ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معدة - أما بحسب طبيعتها وأما بإرادة الأفراد - لكي تصير منقولات بالطبيعة في القريب ، فيكون من الأنفع استباق هذا المال القريب دون انتظار حلوله واخضاعها لحكم المنقول لا لحكم المقار ، تيسيرا في الإجراءات وتخفيفا من القيود فيما يرد عليها من تصرفات أو حوز .

ومن أمثلة هذه المنقولات بالمال : الأشجار المعدة للقطع ، والمباني المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن أو الأحجار المعدة للاستخراج أو الاقتطاع من المناجم أو المعاجر .

---

(١) إلا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص يتميز عن النظام الذي تخضع له المنقولات بصفة عامة لخضوعها لنظام شهر منى وأماكن كتبها ما يكاد يقر بها من العقارات من هذه الوجوه ، إلا أن ذلك لا يمنع في شيء من طبيعتها المنقولة .  
(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :  
(٣) كايجا أحكام حق الملكية ، فترات ٣٢ - ٣٥ ، ص ١٠٢ - ١١٥ .

Fréjaville, Des meubles par anticipation, thèse Paris, 1897. — Boudant et Veirin, t. IV, Nos. 108 - 109. — Flanclot, Rapport et Pigeard, t. III, Nos. 108 - 109.

(٣) ينبغي اجتناب الخلط بين المنقولات بالمال وبين الأشياء المستقلة . فالمنقولات بالمال ليست أشياء مستقلة وإنما هي أشياء موجودة متعلقة ، ولكن طبيعتها القانونية وحدها هي الحاترة بحسب ما ستؤول إليه هذه الأشياء في المستقبل .

(١) **ثبوت صفة المنقول بالمآل** : لم يضع المشرع قاعدة عامة في شأن اعتبار بعض المقارات منقولات بالمآل ، ولكنه في نصوص خاصة قليلة . عامل بعض المقارات المدة للانفصال عن أصل نباتها واستقرارها معاملة للمنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وإنما باعتبار مآلها المستقبل . ومن قبيل ذلك ما ينص عليه المشرع المصري من اتباع إجراءات حجز المنقول ، بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز إلا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها ( م ٣٥٤ مرافعات جديد ) . ومن هذا القبيل كذلك ، ان التقنين المدني يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : امتياز المبالغ المنصرفة في البذر وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد على المحصول الذي صرفت في انتاجه ( م ١/١١٤٢ ) وامتياز مؤجر الأراضي الزراعية بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعي ( م ١/١١٤٤ ) رغم ان المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة .

ولم يلبث الفقه والقضاء ان استخلصا من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة في هذا الشأن يمتنعها تعتبر بعض المقارات منقولات بالمآل ، اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه في القريب من فصل مؤكد عن أصل نباتها يصيرها منقولات بالطبيعة (١) . اذ ما دام المآل المنقول لهذه المقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الأساس وبحسب هذا المآل . ولذلك يشترط لثبوت صفة المنقول بالمآل ، شرطان جوهريان :

(١) يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جديا الى اعداد المقارات المتعاقدة عليها لتصبح منقولات بالطبيعة ، وذلك بالاتجاه الى فصلها

(١) انظر في ذلك خاصة :

Fréjaville, thèse précitée, pp. 88, 89. — Boudant et Voizin, t. IV, No. 108.

اسماعيل خان ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ٩٤ .  
مو ٩٥ - كتابنا احكام حق الملكية ، فقرة ٣٤ ، ص ١٠٤ - ١٠٥ .

عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور في ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد الا بصيرورة هذه الأشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفي لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف في هذه الأشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ، فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الإرادة الى فصل هذه الأشياء وتحويلها منقولات بالطبيعة في القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الأشياء باكسابها وصف المنقول بالمآل الا اذا كانت إرادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقي قريب . وعلى ذلك ، فيبيع بناء دون الأرض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن إرادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا وجد التزام على عاقق المشتري بهدمه (١) .

(٢) يجب أن يكون المصير المحقق - في نظر المتعاقدين - للمقاررات المتعاقدة عليها هو التحول في القريب الى منقولات بالطبيعة . فلا يكفي اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه المقاررات في القريب عن أصل ثباتها واستقرارها ، اذ لا يتصور أن يفقد محل التعاقد مقدما الصفة المقاررة النابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته في القريب منقولا بالطبيعة . وعلى ذلك لا يكتسب العقار المتعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقدير ورغبة أحد المتعاقدين ، أو اذا لم يحدد موعد قريب في التعاقد لمثل هذا التحويل أو لم يكن مثل هذا الموعد قابلا للتحديد (٢) .

(٣) آثار ثبوت صفة المنقول بالمآل : اذا توافر الشرطان السابقان فإن صفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقد . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد وأحكام ، فلا يكون من

(١) Fréjaville, thèse précitée, pp. 67 - 70.

(٢) انظر في ذلك كتابا إجماع حق الملكية ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

اللازم التسجيل لنقل ما قد يرتبه من حق عيني على المنقول بالمآل<sup>(١)</sup> .  
ويكون للدائنين اتخاذ إجراءات حجز المنقول لا إجراءات التنفيذ على العقار  
لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلي بنظر المنازعات  
الناشئة عن هذا التعاقد بمحكمة موطن المدعى عليه .

### ٣٧٣ - المنقولات المعنوية

الأصل أن الأشياء المعنوية لا يمكن اعتبارها من العقارات ولا من  
المنقولات ، لأن التقسيم إلى عقارات ومنقولات - وهو مبني على أساس  
الثبات أو القابلية للحركة - لا يتصور إلا في شأن الأشياء المادية وحدها .  
ومع ذلك ففروجا على هذا الأصل ، تعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات  
حكما وتخضع لأحكام المنقول . ويقال عادة في تبرير ذلك أن المشرع يعتبر  
منقولا كل ما ليس بعقار وهذه الأشياء المعنوية ليست قطعا من  
المقارات .

### المبحث الثاني

#### الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك<sup>(٢)</sup>

### ٣٧٤ - أساس التقسيم وأهميته

الأشياء القابلة للاستهلاك (choses ou biens consommables)  
هي تلك التي لا يتصور استعمالها إلا عن طريق استهلاكها ، بمعنى أنها  
تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتل ورود استعمال متكرر عليها،  
ولذلك يعرفها المشرع المصري بأنها<sup>٠٠</sup> هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب  
ما أعدت له في اتفاقها أو استهلاكها ، ( م ١/٨٤ مدني ) . ويستوى في هذا

(١) فينقل الحق العيني فور التعاقد إذا كان محله مبيعا بالذات ( م ٢٠٤ مدني ) أما إذا  
كان محله العمل مبيعا بنوعه ، فينقل الحق بفراذه ( م ١/٢٠٥ مدني ) .

(٢) راجع في ذلك بخاصة

Humbert, Essai sur la fungibilité et la consommabilité des meubles,  
thèse Paris, 1940. — Jambert, La consommabilité, Revue, trimestrielle de  
droit civil, 43e. année, 1948, pp. 75 - 101.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فترات ٣٦ و ٣٧ ، ص ١١٦ - ١١٨ .

الشان أن يكون استهلاك هذه الأشياء ماديا بالقضاء على ماديها كأكلي الطعام ، أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات الى ملابس ، أو أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كاتفاق العقود وبيع السلع - أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك *choses ou biens non consommables* ، فهي تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال واحد لها ، ولو ترتب على تكرار استعمالها أو طولها هلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص متانتها . كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات والآلات .

والاصل أن طبيعة الشيء هي التي تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك . غير أن الإرادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد كذلك ، إذا خصصت استعمال الشيء تخصيصا يخرجها عما تقضى به طبيعته ، فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص<sup>(١)</sup> لا بالطبيعة . فالنقود وهي قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أي بانفاقها ، تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم ردها بعد ذلك . بل وكل شيء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له بالتخصيص إذا أعد للبيع ( م ٢/٨٤ مدني ) ، إذ يخصص حينئذ لنوع من الاستهلاك هو الاستهلاك القانوني .

وتبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك في أن بعض الحقوق التي تخول استعمال الشيء ، كحق الانتفاع وحق الاستعمال ، لا يتصور وجودها إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لأن المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه إلى مالكه واستعماله له يستهلكه . وكذلك الشأن في الإيجار والمارية ، فهي عقود لا ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

### البحث الثالث

#### الأشياء المثلية والقيمة<sup>(١)</sup>

##### ٣٧٥ - أساس التقسيم وأهميته

الأشياء المثلية (*choses ou biens fongibles*) هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق ، فلا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء . وهذه الأشياء هي التي جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن ( م ٨٥ مدني ) ، كالنقود ، والكتب من طبعة واحدة ، والقماش من نوع ولون واحد ، والحبوب من نفس الصنف والجودة ، والقطن من نفس الصنف والرتبة .

أما الأشياء القيمة (*choses ou biens non fongibles*) فهي تلك التي تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به حيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالأرض والمنازل والحيوانات .

وإذا كان الأصل في تعيين الصفة المثلية أو القيمة للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت أحادها ، إلا أن إرادة الأفراد قد تسبغ على شيء مثل طبيعته الصفة القيمة أو على شيء قيمى بطبيعته صفة المثلية<sup>(٢)</sup> ، فيقال إن الشيء يصبح قيمياً أو مثلياً بالتخصيص<sup>(٣)</sup> . ومثال الحالة الأولى اعارة كتاب يقصد الإطلاع عليه ورده بذاته، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات التي تستهدف بيع أراضى زراعية تستصلحها أو أراضى للبناء تمدها وتجهدها من تقسيمها إلى قطع متساوية متماثلة .

---

(١) راجع في ذلك صفة خاصة :

De La Grasserie, De la fongibilité juridique, *Revue générale du droit*, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jambert, article précitée.

كاتبنا أحكام الملكية . فترات ٢٨ - ٤٠ ، ص ١١٨ - ١٢١ .

(٢) تنص ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ ، مبررة عبر ( المدنية ) - ج ١ ، رقم ١٤٦ ، ص ٢٦٩ -

Jambert, article précitée, pp. 78, 79, 96 - 100. (٣)

وتبدو أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة<sup>(١)</sup> في كون المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما اشياء متماثلة ( م ١/٣٦٢ مدنى ) . وفي كون هلاك الاشياء القيمة ينقضى به الالتزام لأن تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا ، أما هلاك الاشياء المثلية فلا يحصل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما في شأنها ، لأن لها نظائر في الأسواق فيقوم بمضها مقام بعض في الوفاء ، ولذلك يقال ان الاشياء المثلية لا تهلك . وفي كون الملكية أو أى حق عيني آخر لا ينتقل أو يتقرر على الاشياء المثلية الا بافرازها لأنها تكون بوصفها هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فور التناقد على الاشياء القيمة المنقولة باعتبارها معينة بالذات .

---

(١) السائد في الفقه أن تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة يقوم على أساسه الطريقين يعني الاشياء المقيمة بنوعها والاشياء المقيمة بذاتها . غير أن ثم اقترحوا جديدا في الفقه *مقتضى* article précédent, p. 86. يشكك في وجود تطابق كامل بين التفسيرين ( انظر في مناقشة هذا الاتجاه : كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٣٩ ، ص ١٢٠ و ١٢١ ) .

( م ٤٦ - المجلد الى القانون )

## الفصل الثاني

### الاعمال

#### ٣٧٦ - العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا ان محل الحق يكون شيئا أو عملا. وقد نكلمنا في الاشياء باعتبارها محلا للمحقوق القائمة على أساس من رابطة التسلط كالحق العيني والحق الذهني والحق في الاسم . بقى أن نتكلم في الأعمال باعتبارها محلا للمحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحق الشخصى أو حسق الدائنية (١) الذى يخول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . ويستوى في العمل - بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق - أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، ولكن يجب أن تتوافر فيه شروط رئيسية ثلاثة هي : الامكان والتمتين والمشروعية .

(١) شرط الامكان : يجب أن يكون العمل ممكنا ، بمعنى أن يكون غير مستحيل فى ذاته ( م ١٣٢ مدنى ) ولو كان مستحيلا بالنسبة الى بعض الأشخاص فالاستحالة التى تمنع من امكان العمل اذن هي الاستحالة المطلقة لا النسبية . ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائى اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد ، اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية فى هذه الظروف إعلان مستحيلان فى ذاتهما استحالة مطلقة فى حق الكافة . أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع أئقال من الحديد لا يقدر على رفعها

---

(١) ولذلك تفصيل الكلام فى السبل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع فى هذا التفصيل بفصله :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط . ج ١ ، فقرات ٢١٣ - ٢٤١ - انود سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٥ ، فقرات ١٦٦ - ١٩٣ .



وان كان غيره يقدّر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا لأنه غير مستحيل في ذاته ويكون للدائن الحق في اقتضاء الوفاء به ، فإذا استحال عمل المدين شخصيا القيام به يكون مسئولاً أمام الدائن عن تخلفه عن الوفاء .

ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شيء ، حتى ولو لم يكن هذا الشيء موجودا وقت التمهيد باعطائه ، ما دام أنه ممكن وجوده في المستقبل . ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفي امكانه (١) .

(٢) **شرط التعيين** : يجب أن يكون العمل ممينا أو قابلا للتعيين . حتى يحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه . فالتعهد باقامة بند . يجب فيه تعيين مواصفاته ، أو في الأقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته كالفرض من البناء وسعته وما الى ذلك . وإذا كان مضمون العمل اعطاء شيء ، فيجب - إذا كان الشيء قيما - أن تحدد ذاتيته على النحو الذي يميزه عن غيره بأن يبين مثلا موقع الأرض المبيعة ومساحتها وحدودها ، وأما اذا كان الشيء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره (٢) ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته (٣) .

(٣) **شرط المشروعية** : يجب أن يكون العمل مشروعا أي غير مخالف لقواعد القانونية الآمرة أو للنظام العام أو الآداب ( م ١٣٥ مدني ) . ومن أمثلة العمل غير المشروع المبطل للتعهد به : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، أو بيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال الى امرأة مقابل انشاء أو استمرار علاقة جنسية غير مشروعة معها .

---

(١) اذا كان الأصل هو جواز أن يكون محل الالتزام عملا وادرا على من مبالغين ( م ١٣٦ مدني ) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان يرثاه ( م ١٣٦/٢ مدني ) ويحظر حبة الأموال المستقبلة ( م ٤٩٢ ) .

(٢) ولكن يكفي أن يكون العمل ممينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره ( م ١٣٣/٢ مدني ) .

(٣) فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا متوسط الجودة ( م ١٣٣/٢ مدني ) .



## الباب الثالث

### مصادر الحق (١)

#### ٣٧٧ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية، وتفاصيل التفرقة بينهما

قلنا ان الحق يستند في وجوده الى القانون . غير أن القانون - في ترتيبه واستناده للحق - انما يمتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق ، وهذه الوقائع أو الأحداث أو الأعمال هي التي نعتيها بمصادر الحق أو بمصادره المباشرة التي تولده ، وإن بقي القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا . وغنى عن البيان ، أن هذه المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر على انشاء الحق وحسب ، بل تمتد الى نقله أو تغييره أو انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج في الأصل - رقم تعددها وكثرة تنوعها - عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية (*faits juridiques*) وطائفة التصرفات أو الأعمال القانونية (*actes juridiques*) . . . ويقصد بالوقائع القانونية كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معيناً ، وخاصة انشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات أو الأعمال القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تنبج الى ترتيب مثل هذا الأثر (٢) .

(١) *Benjamen, Supplément, op. cit., t. II, Nos. 298, et s.; t. III, Nos. I, et s. - E. Fournet, Encyclopédie Juridique, Répertoire de droit civil, Dalloz, t. I, V, note, pp. 95 - 98.*

عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس في قسم الكليات  
١٩٥٣ - ١٩٥٤ ، الوسيط ، ج ١ ، فترات ٢٢ - ٢٤ ، ص ١٢٩ - ١٣٤ ، ج ٢ ، فترات ١ - ٢ .  
وكنايتا ، أصول القانون ، فترات ٢٩١ - ٢٩٧ ، ص ١٠٢٧ - ١٠٧٥ .

(٢) يجب الإشارة الى وجود طائفة ثالثة يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقوم على  
الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانوني ، بحيث لا يترتب الاثر القانوني  
للمتولد عنها الا بوجود واقعة أو عمل مادي معين واتجاه الإرادة الى توليد هذا الأثر . ومن هذه . . .

ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهي حدث مادي طبيعي يترتب عليه أثر قانوني هو الحق في الارث . والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادي اختياري يترتب عليه أثر قانوني هو الحق للمضرور في التعويض . والمثل الرئيسي للتصرف أو العمل القانوني هو العقد ، وهو عمل إرادي من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما . فعقد البيع مثلا يولد للبائع حقا في اقتضاء الثمن وللمشتري حقا في اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية كذلك تصرف أو عمل قانوني ، فهي عمل إرادي من جانب واحد يربط للموصى له حقا في اللوصى به.

وإذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو سيرة في بعض الحالات كما تبين من الأمثلة المتقدمة ، فيجب أن لا يحجب ذلك - في حالات أخرى - صهوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق في شأنها . وأكثر ما يعرض ذلك في صدد الأفعال الاختيارية التي تترتب عليها آثار قانونية ، إذ يقوم الاختيار في الفعل على الإرادة مما يكاد يقربه في الذهن من الإرادة قوام التصرف ويسر الانزلاق إلى الخلط بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني . ويبدو أنه يجب البصر - في صدد التمييز بينهما (١) - بأمرين رئيسيين .

(١) أن الإرادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف وجوهره ، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه إرادة محضة (٢) . بينما في الواقعة القانونية قد توجد الإرادة كما في الأفعال الاختيارية ، وقد لا توجد كما في الوقائع

---

= الطائفة : الشقة والاستيلاء والوفاء. ففيها يجيز اقتران المصغر المادي بالمصغر الإرادي . ( انظر كتابنا سابق الذكر ، فقرة ٣٩١ ، ص ١٠٤٢ - ١٠٤٤ ) . وقد كان لاستنادنا الجدل المذكور عبد الرزاق السنهوري لفصل التبيين إلى صفة الطائفة . وهو يقسمها - زيادة في الإيجاز - إلى قسمين : وقائع عركية تتكون من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، ومثلهما الشقة - وقائع محضة تقوم على شيء واحد ولكن يحتفظ فيه المصغر المادي بمصغر الإرادة وحفاظها الاستيلاء والوفاء ( عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، حاشي من ١٣٣ ) .

(١) انظر في بعض خطوات هذا التمييز وفي مناقضتها :

كتابنا سابق الذكر . ص ١٠٣٦ و ١٠٤٠ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ص ٧٥ .

الطبيعية . واذا وجدت الإرادة ، فانها - على خلاف الظاهر - تتميز بوضوح عن الإرادة في التصرف القانوني . ذلك أنه اذا كانت الإرادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف ، فهي في الواقعة القانونية - اذا وجدت - تكون متميزة عن ذات هذه الواقعة وجوهرها ، إذ تكون مجرد إرادة في إتيان العمل المادى المكون لهذه الواقعة (١) . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانوني هو الإرادة المحضة ، أما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادى حتى ولو كان ثمة إرادة واختيار في إتيانه .

(٢) انه ينبغي على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني على النحو المتقدم أن الأثر القانوني المترتب على التصرف انما يترتب لأن الإرادة - وهي جوهر التصرف - قد اتجهت الى ترتيبه . أما في الواقعة القانونية ، وليست الإرادة اذا وجدت هي جوهرها وانما جوهرها العمل المادى وحده ، فإن ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانوني لا شأن للإرادة في ترتيبه وانما هو يترتب لمجرد وجود وتحقيق العمل المادى .

ولذلك يستوى - اذا وجد العمل المادى - أن توجد إرادة أو أن لا توجد أو اذا وجدت أن تكون إرادة في إتيان العمل المادى دون قصد الى نتائجه أو حتى أن تكون إرادة في إتيانه وفى قصد نتائجه على السواء (٣) . فما دام وجود الإرادة لا يغير مما يرتبه القانون أصلا على العمل المادى من أثر ، فلا يكون لوجودها إذن اعتبار فى ترتيبه ، ولا فى قلب العمل المادى نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانوني .

ولذلك يبدو خطأ الرأى الفائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على أساس أن النتائج القانونية تكون مقصودة فى الثانية وغير

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١ و ٧٥ .

(٢) لى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

مقصودة في الأولى ، فقد تكون النتائج القانونية مقصودة ومع ذلك تكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانوني لأن هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادي . فالشخص الذي يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، إنما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماذيا ، والقانون يكفي بظهور هذا العمل المادي الى الوجود ليرتب عليه أثر قانونيا معينا هو الحق في التعويض ، وهذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الإصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت أو لم تتجه الى صدم المصاب ، ولا حتى اذا كانت - حين اتجهت الى صدمه - قد اتجهت كذلك فرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ، ولذلك يظل مصدر الحق في التعويض في كل هذه الصور واقعة قانونية هي الفعل الضار .

وعلى هذا النحو ، فالتفرقة بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني . إنما تقوم اذن على أساس التمييز بين الفعل المادي وبين الإرادة المحضنة . فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر القانوني بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمل مادي ، بصرف النظر عما اذا كان وجوده طبيعيا أو اختياريا وعما اذا كانت آثاره القانونية - لو كان اختياريا - مقصودة أو غير مقصودة ، نكون أمام واقعة قانونية . أما حيث يترتب الأثر القانوني أو يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانوني .

### ٣٧٨ - أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية

إذا تحدثت التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية على النحو الذي بيناه ، فينبغي الوقوف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية بالغة . ففضلا عما تمنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردّها الى هاتين الطائفتين الأساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الإثبات خاصة .

ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديده أو صفاقه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أي أثر قانوني ، يقتضى - عند المنازعة فيه - إثبات مصدره المباشر ، أي إثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانوني المرتب لآي من

ذلك (١) . وفي هذا العدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، إذ من الواضح - وهما مختلفان في الجواهر - كما سبق البيان - ضرورة اختلافهما في وسائل الإثبات .

فالتصرف القانوني ، باعتباره إرادة محضة متجهة إلى توليد حق أو تغييره أو زواله أو توليد أثر قانوني بوجه عام ، يعني اناطة هذا الأثر بمسلك إرادي يقصد ترتيبه . وهو ما يقتضي في الأصل إمكان تهئية واعداد دليل كتابي على هذا المسلك واتقصد وقت وقوعه ، لكي يكون من بعد وسيلة إثباته إذا حصلت المنازعة فيه . وليس الحال كذلك في شأن الوقائع القانونية - وهي محض وقائع أو أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة إلى هذا الترتيب - حيث يستعصى في الأصل اعداد دليل كتابي يسجلها عند وقوعها (٢) . ولذلك فالأصل اشتراط إثبات التصرفات القانونية بالكتابة (٣) ، وإمكان إثبات الوقائع القانونية - على خلاف ذلك - بأية طريقة من طرق الإثبات ولو بمجرد البيينة أي الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة (٤) .

---

(١) ولذلك ، فمن التجوز في التعبير القول بأن ذلك الحق أو الأثر القانوني هو **حق** الإثبات ، بل الواقع أن محل الإثبات دائما هو ما يولد هذا الحق أو الأثر من مصدر سواء من هذا المصدر وأما قانونية أو تصرفا قانونيا ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ١١ ، ص ١٥ ) .  
(٢) في هذا المعنى :

عبد النعم فرج الصفة ، الإثبات في المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فتراف ٢٢ و ١٩٠ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ .  
ومع ذلك ، فيحتم المشرع في شأن بعض الوقائع القانونية **التعريف** ، كإثبات **الموت** ، اعداد دليل كتابي وقت وقوعها . ولكن يراعى أن هذا الدليل الكتابي ليس هو وسيلة الإثبات الوحيدة المنصوصة في شأن هذه الوقائع ، إذ أنه إذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحته ما أفرج بالنسجلات الرسمية المعدة لتقيد المواليد والوفيات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى ( انظر سابقا ، ص ٥٢٥ و ٥٢٨ ) .

(٣) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز إثباتها بأية وسيلة وبقرائن وهي التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التي تكون قيدها أقل من قيمة نصاب الكتابة ( وهذا النصاب هو ما يجاوز اليوم عشرين جنيها طبقا لقانون الإثبات الجديد ) .

(٤) وأما إثبات المصادر المزدوجة ، فيعتمد فيه أساسا بطبيعة هذا الازدواج - بحيث يكون =

وتبدو أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية باورة  
كذلك من حيث افراد التصرفات القانونية بكل الاحكام المتعلقة بالارادة  
وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، اذ هي - على خلاف الوقائع القانونية -  
ارادة محضة متجهة الى ترتيب هذه الآثار .

واذا كان للتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية هذه الاهمية  
الكبيرة ، فضلا عن أهمية الوقائع والتصرفات القانونية في ذاتها أهمية  
قصوى من حيث اعتبارهما مما مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو  
تعديله أو انقضائه أو بوجه عام لاي أثر قانوني كان ، فمن الواجب صياغة  
نظرية عامة للواقعة القانونية والتصرف القانوني رغم الصعوبات الجمة التي  
أخترت هذه الصياغة حتى الآن (١) .

ونعرض فيما يلي بإيجاز لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانوني  
وما يولدان من حقوق وآثار مختلفة .

---

= هذا ازدواج مؤديا الى الخلط ، يبدو من المنطقي الاعتماد بالمصرف الخالف ، ومعاملة المصدق  
- رغم ازدواج طبيعته - على هذا الأساس من حيث الإثبات . ولما حيث يكون مقتضى الازدواج  
وجود عدة وقائع مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقي وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب  
طبيعتها واختصاصها لاحكام الإثبات الخاصة بهذه الطبيعة ( انظر : عبد الرزاق السنهوري .  
الوسيط ، ج ٢ ، لفرة ١٨٤ ، ص ٣٤٢ و ٣٤٤ - كتابنا سابق الذكر ، عاشر ١٢٥ ..  
ص ١٠٤٦ ) .

(١) انظر كتابنا سابق الذكر ، فقرة ٣٩٢ ، ص ١٠٤٧ - ١٠٥٠ .



# الفصل الأول

## الواقعة القانونية

### ٢٧٩ - الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وأثارها

لم نلق « الواقعة القانونية » من عناية الفقه ما لقيه منها « التصرف القانوني » ممثلاً على الأقل في صورته الكبيرة وهي « العقد » . ومرد ذلك إلى الاعتقاد الذي ساد في الفقه النغلندي - تأثراً بالمذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة - في أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وأوسع مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وإن الوقائع القانونية لا تبلغ من المدد ولا من الأهمية ما تبلغه التصرفات القانونية<sup>(١)</sup> . وساعد على ذلك التقديس الكبير الذي تمتعت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وحصر التصرف القانوني والواقعة القانونية في نطاقها ، واعتبار العقد بالذات - وهو تصرف قانوني - قطب الرحى في هذه النظرية .

وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمل مادي يرتب القانون أثراً قانونياً معيناً على مجرد وجوده في ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة تصاحبه .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية أو غير اختيارية ، ووقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيارية مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضانات قد يكون حدوثها بقوة قاهرة تحفي المدين من التزامه ، وللميلاد يرتب القانون عليه أثراً هو بداية الشخصية.

(١) انظر على سبيل المثال :  
Capitant, op. cit., No. 229.

والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واستحقاق ورثته فيها .  
وأما الوقائع الاختيارية فهي **الوقائع المبادية** التي تحدث بفعل الإنسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى اثرًا قانونيًا معينًا ، ومثليها الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد لنضروء حقا قبله فى التعويض ، والبناء فى أرض الغير يجعل مالك الأرض مالكا للبناء بالتصاق ويلزمه بتعويض الباني ، والاثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشأ .  
للمفتقر حقا قبل المثرى فى التعويض .

يخلص من هذه الأمثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على الإنسان وتنتج آثارها قرضا عليه كذلك ، كما فى واقعة الميلاد والموت . وقد تكون باختيار الإنسان ، وحينئذ إما أن تكون مشروعة كالفصل اثنافى الذى يؤدى الى اثراء شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالفعل الضار . وفى الحالتين يترتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجودها المادى بصرف النظر عما إذا كان فاعلها قد انصرف إرادته الى هذه الآثار أو لم تنصرف .

وواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أو عمل مبادى وتترتب عليها آثار قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للإرادة اذن فى هذا الترتيب . ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانونى من قواعد كثيرة متعلقة بالإرادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، وخاصة فى شأن الأهلية والاثبات والصحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة القانونية لآثارها - حتى لو كانت من قبيل الوقائع الاختيارية - على كمال أهلية معدنها (١) . ولا تستلزم الكتابة لاثبات الواقعة القانونية ، بل تقبل الاثبات بأى طريق من الطرق كالبينة والقرائن . ولا يتوقف وجود الواقعة القانونية وانتاجها آثارها على مشروعيتها ، اذ هى عمل مادى فيكون وجودها ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف القانونى وانتاجه أثره القانونى على صحته ومشروعيته ، اذ هو إرادة

(١) راجع سابقا ، ص ٥٧٢ .

محنة (١) •

والواقعة القانونية قد تكون مصدرا للحقوق السياسية ، إذ يلزم من معينة - وهو واقعة طبيعية أى فعل من صنع الطبيعة - يعطى الشخص الحق فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية • وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية ، فالإلاد - وهو واقعة طبيعية - يكسب المولود حقا فى لقب والده • وقد تكون مصدرا للحقوق المدنية ، فواقعة الخلق الذهنى أو الإنتاج الفكرى عمل ماضى اختيارى يعطى للمؤلف حقا معنويا وحقا ماليا على مصنفه • وقد تكون مصدرا لحقوق الأسرة ، فواقعة القرابة تعطى الأب الحق فى تأديب ولده •

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق المدنية : فالوفاة ، وهو واقعة طبيعية ، يولد للوارث حقا فى ملكية نصيبه من أموال المورث • والاتصاف ، وهو واقعة طبيعية أو اختيارية على حسب الأحوال ، قد ينشأ حقا فى الملكية : فالأرض التى تتكون من طمس يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين ( م ٩١٨ ) ، والبناء أو الفراس الذى يقيم شخص بمواد من عنده فى أرض غيره يمتلكه صاحب الأرض ( م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى ) ، وكذلك يكون ملكا لصاحب الأرض ما يحده هو فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ( م ٩٢٣ مدنى ) • ومن أسباب الأخذ بالشفعة ، وهى مصدر لكسب الملكية ، واقعة الجوار وهى واقعة مادية ( م ٩٣٦ ) (٦) • وفى المسئلة وهو واقعة

(٦) فى هذا المعنى :

Hilbernd, Encyclopédie Dalles, op. cit., t. I, No. 54.

نجد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى-والواقعة القانونية ، ص ١٢٠ •

(٧) ولكن الأخذ بالشفعة يحتاج فى الواقع إلى إعلان من جانب الشفع من إرادته فى ذلك. وهذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار. عندها لا حاجة إلى حصول بين الشفعين اتفاقا عليها وهو ما يعتبر واقعة مادية أو قانونية بالنسبة إلى الشفعين ، وعنصر التصرف القانونى وهو : إيجاب إفادة الشفع إلى الأخذ بالشفعة وإعلامه بذلك • فلا تعتبر الشفعة تلقى واقعة قانونية خاصة واقعة واقعة مركبة ( فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، السيف ، ج ١ ، عاشر ص ١٢٢ ) •

طبيعية ، يعتبر سببا في اكتساب الملكية أو الحقوق العينية اذا اقرن بالحيازة وهي واقعة مادية اختيارية من فعل الانسان ( م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدني ) والاستيلاء ، وهو عمل مادي اختياري ، يكسب ملكية المتقول الذي لا مالك له ( م ٨٧٠ مدني ) (١) .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية ، فواقعة القراية - وهي واقعة مادية - قد تولد الحق في النفقة بين الأقارب ، والفعل الضار ، وهو فعل اختياري من الانسان ، يولد الحق في التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احداثه أو غير قاصد ، إذ التعويض يترتب بفعله المادي لا بإرادته . والفعل النافع ، وهو عمل مادي ، يجعل للمفتقر حقا في التعويض قبل الشخص الذي أثرى بلا سبب مشروع على حسابه ( م ١٧٩ مدني ) : فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، وجب عليه رده ( م ١٨١ مدني ) . والنضولي ، وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هذا الفعل النافع للجار حق في استرداد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغت الظروف اتفاقها للقيام بهذا الاصلاح وفوائدها ، وفي التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ( م ١٩٥ مدني ) .

وقد تكون الواقعة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق . فهلاك الشيء ، وهو واقعة مادية ، يؤدي الى انقضاء الحق العيني الوارد عليه . وتنتهي

---

(١) يراعى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما في كليهما من الوقائع القانونية أو المادية ، يتطلبان على الإرادة في التملك أو اكتساب الحق العيني ، ولذلك يميزان من الوقائع المختلطة وإن كان العمل المادي فيها هو الغالب ( انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق - . وانظر سابقا ، ملحق ٢٥ ، ص ٧٢٥ - ٧٢٦ ) .

ولكن يراعى أن القصة في القانون المصري الحال - خلافا للقانون الفرنسي - صغر مزدوج مؤلف من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، مما يجعل جنبا واقعة مركبة : إذ ٧- تكفي واقعة القصة المادية وحدها لإنتاج أثرها ، بل لا بد لذلك من إعلان أحد طرفيها إرادته في التملك بها ( انظر في هذا الحسب : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٢٢ ) .

الحقوق المبنية الأصلية ، عدا حق الملكية ، بعدم الاستتمسال طوال خمس عشرة سنة وهو واقعة مادية . وتنتهى حقوق الدائنية بسكوت الدائن عمن المطالبة بحقه طوال مدة معلومة تختلف بحسب الأحوال ( م ٣٧٤ مدنى وما بعدها ) ، وباتحاد النمة *La confusion* الذى تجتمع بمقتضاء صفة الدائن والمدين فى شخص واحد ( م ٣٧٠ مدنى ) ، وبالمقاصة التى بمقتضاها ينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما اذا كانا مستحقى الأداء خاليين من النزاع وكان محل كل منهما نقودا أو منليات ( م ٣٦٢ مدنى ) .

وقد ترتب الواقعة القانونية آثارا أخرى ، فالقراية قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يعد من استتمسال حق الملكية ، ونزع الحيازة قد يترتب عليه قطع التقادم ، وحالة التصر قد يترتب عليها وقف التقادم .

## الفصل الثاني

### التصرف القانوني

#### ٣٨٠ - التصرف القانوني ، أهميته وآثاره

سبق ان قلنا ان التصرف القانوني هو ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانوني ، وخاصة الى انشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ، ورأينا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهي عمل مادي يرتب القانون عليه أثر معين ، وأهمية التمييز بينهما ونتائجها .

وقد حظي التصرف القانوني ، أو على الأصح العقد وهو صورته الرئيسية ، بعناية الفقه التقليدي الذي أعطاه أهمية بالغة بانقياس الى الواقعة القانونية التي كادت تتلاشى امامه . وقد كان هذا المسلك مردودا في جانب كبير منه الى التأثير بالمذهب الفردي ، والمقالة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة مقالة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شيء الى الارادة وهي جوهر التصرف القانوني ، فقليل ان القانون انما يتولد من الارادة العامة في الجماعة أو من العقد الاجتماعي ، وان الميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وان حق المجتمع في توقيع العقاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدما بالعقاب<sup>(١)</sup> .

واذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانوني في كل نواحي القانون وفروعه ، فينبغي أن لا يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يصحبه أو يقلل من أهميتها ، فالواقعة القانونية والتصرف القانوني صنوان في الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية . وكسذلك اذا كان من

---

(١) انظر في الإشارة الى منطق هذه المقالة ، وفي تفهيد :  
عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤٣ و ٤٤ .

الواجب الاعتراف بقدرة الإرادة على توليد الآثار القانونية المختلفة ودورها الكبير في ذلك . فينبغي أن يظل مفهوما رغم ذلك أن الإرادة ليست مطلقة السلطان كل الاطلاق في ذلك ، فتم قيود ، غدت اليوم متزايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى .

وعلى أي حال ، فينبغي أن يراعى أن الأهمية البالغة المصطاة في الفقه التقليدي للتصرف القانوني على حساب الواقعة القانونية ، إنما كانت منصرفة في الواقع الى الصورة الرئيسية للتصرف القانوني وهي العقد ، فلم يمن هذا الفقه بتاصيل نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته . وقد سسار المشرع المصري على هذا النهج . ولكنه نهج غير سليم ينبى المدول عنه وبناء نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته ، تؤصل القواعد الكلية التي تحكم التصرف القانوني على اختلاف صوره وتطبيقاته . ويقتضى ذلك الخروج بالتصرف القانوني من النطاق المحدود الذي حصره فيه الفقه التقليدي وهو نطاق نظرية الالتزام<sup>(١)</sup> . فالواقع أن التصرف القانوني ليس مولدا للحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات فعصب ، بل هو يولد كذلك حقوقا أخرى غيرها . فضلا عن أنه لا يقتصر على توليد كل هذه الأنواع من الحقوق المختلفة فقط ، بل هو كذلك يولد آثارا أخرى مختلفة من أهمها تعديل هذه الحقوق ونقلها وانقضاءها .

فالتصرف القانوني يولد الحقوق أساسا : فمقصد الزواج ، وهو تصرف قانوني ، يولد حقوق الأسرة وفق النظام القانوني للأسرة . والعقد بوجه عام ، وهو تصرف قانوني بإرادتين ، يولد الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات . وكذلك يولد الوعد بجائزة ، وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ، حقا شخصيا لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد . وكذلك

١

(١) وقد صاغ المشرع الآلائي منذ مطلع القرن الحالى في سلب تفتيته المدني نظرية عامة للتصرف القانوني مخرجاً إياه من النطاق التقليدي المحدود لنظرية الالتزام . ولكنه أصبح على ذلك ، فلم يمن بصياغة نظرية عامة للواقعة القانونية ( انظر كتابنا اصول القانون ، ص ١٠٤٨ .  
جورتن وماش ٢٥ ص ١٠٥٧ ) .

( م ٤٧ - المختل الى القانون )

يُعتبر التصرف القانوني عموماً مصدراً مولداً أو مكسباً للحقوق العينية الأصلية ، غير أن قدرته في هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة فيما يتعلق بالمقاربات ، حيث يعلق انشاء هذه الحقوق عليها على شهر التصرف بالتسجيل ، حتى يمكن أن يقال ان مصدر الحقوق العينية الأصلية المقاربية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانوني ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أو مادية (١) . وكذلك يعتبر العقد مصدراً لبعض الحقوق العينية التبعية ، وهي الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي .

وكذلك يؤدي التصرف القانوني الى نقل الحقوق وتمثيلها واقتضاها . فالحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة ، وهي اتفاق أو تصرف قانوني بين الدائن وشخص آخر بمقتضاء دخول الدائن لهذا الشخص ما له من حق في ذمة المدين ( م ٣٠٣ مدني ) . والحق الشخصي أو حق الدائنية ينقضي ويستبدل بالتجديد ، وهو تصرف قانوني أو اتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبي على استبدال حق أو دين جديد بحق أو دين قديم مما ينقضي به الحق أو الدين القديم وينشأ الحق أو الدين الجديد ( م ٣٥٢ مدني وما بعدها ) . وينقضي حق الدائنية كذلك بالإبراء ، وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاه عن حقه قبل المدين دون مقابل ( م ٣٧٦ و ٣٧٢ مدني ) . والحق العيني ينقضي بنزول صاحبه عنه ، وهو تصرف بإرادة منفردة .

وكذلك قد يرتب التصرف القانوني آثاراً أخرى . فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلاً وجملة باتاً غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وهو في الحالين تصرف بإرادة منفردة . وقد يتخذ التصرف القانوني وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للإبطال عن طريق الاجازة من شرع الإبطال لمصلحته ، أو لتغيير الوصف الذي يتصرف بمقتضاه الغير ، كإقرار رب العمل تصرف الفضول بما يحول

---

(١) في هذا المعنى :

محمد سامي مذكور ، ص ٢٢٢ .



الفضيلي في هذا الشأن الى وكيل ، وكل من الاجازة والاقراء كذلك تصرف بإرادة منفردة . وكذلك فإرادة الواقف تنشيء الوقف كشخص اعتباري .

وإذا كانت الأمثلة السابقة كلها تدخل في نطاق القانون المدني أو القانون الخاص بوجه عام ، فلا معنى ذلك أنه لا دور للتصرف القانوني في نطاق القانون العام ، بل دوره فيه كذلك كبير وأهميته بالغة . ويكفي للدلالة على ذلك التمثيل له في نطاق القانون العام الداخلي بالتشريع ، واللوائح أو القرارات الإدارية التنظيمية ، والقرارات الإدارية الفردية ( مثل تعيين أو فصل موظف ، أو قبول طلب تجنس ) ، والأحكام القضائية ، والمعاهدات في مجال القانون الدولي ، فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها وتؤكد لها أو تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة .

#### ٣٨٩ - أنواع التصرف القانوني والسماء

يتنوع التصرف القانوني تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة يتعدد الأوجه التي ينظر اليه من خلالها . وقد سبق أن أشرنا الى أن التصرف القانوني إذا نظر اليه من حيث الاثر الذي يعود به على صاحبه أو أصحابه قد يكون ناقصا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر ، ورأينا كذلك أهمية هذا التقسيم في شأن ناقصي الأهلية وتحديد ما يملكون اجراءه من تصرفات (١) .

ويتفرع هذا التقسيم في الواقع عن تقسيم آخر للتصرف القانوني الى تصرف بموض (acte à titre onéreux) . يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما يعطى كالبيع والمقايضة والإيجار ، وتصرف على سبيل التبرع (acte à titre gratuit) يعطى به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية . وتبدو أهمية هذا التقسيم بخاصة في أن المشرع قد يتطلب أحيانا في المتبرع أهلية خاصة بينما يكتفي في شأن المفاوض بالأهلية العادية ، وفي أن تصرف المدين على سبيل التبرع لا ينفذ في حق دائنه ولو كان المتبرع له حسن النية ولو ثبت

أن المدين لم يرتكب غشاً ، بينما إذا كان تصرف المدين بموضع اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ( م ٢٢٨ مدني ) •

وينقسم التصرف القانوني كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب آثاره الى تصرف فيما بين الأحياء (acte entre vifs) وتصرف مضاف الى ما بعد الموت (acte à cause de mort) . - والأول ، كالبيع والإيجار والهبة ، وهو الأصل في التصرفات ، ينفذ في الأصل في حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم • بينما الثاني ، كالوصية ، يعلق نفاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت • وتبدو أهمية هذا التقسيم في أن للتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع في تصرفه قبل وفاته ، وفي أن هذا التصرف ليس مطلق الحرية في تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصاً ينحصر التصرف المضاف الى ما بعد الموت في حدوده •

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانوني ينبغي أن نعرض لها ببعض التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، وهي تقسيم التصرف من حيث تكوينه ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه من حيث دوره ووظيفته الى تصرف منظم وتصرف شرطي وتصرف شخصي أو ذاتي ، وتقسيمه من حيث أثره في الحقوق الى تصرف منشيء وتصرف كاشف • فنبين فيما يلي كل تقسيم منها وأهميته •

### ٢٨٢ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين

قد يكفي لقيام التصرف القانوني وجود إرادة واحدة أو صدوره من شخص واحد يعمل بوصف واحد (١) فيقال انه تصرف من جانب واحد أو

---

(١) فيخرج من أن يكون تصرفاً بإرادة منفردة التصرف الذي يصدر من شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين في نفس الوقت • ولذلك يستلزم هذا تصادم الشخص مع نفسه باسم من يوجب عنه ( راجع في أحكام تصادم الشخص مع نفسه : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ • فقرة ٩٥ - ٩٧ ) -

تصرف بإرادة منفردة ، كالإحصاء (١) ، والوقف ، والنزول عن الحق الميئني ، والوعد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى به الوصية ، وإجازة المقد القابل للإبطال ، وإقرار رب العمل تصرف الفضولي ، وإقرار الإداري . وقد يتطلب انعقاد التصرف القانوني توافق إرادتين (أو أكثر) على إنتاج الأثر القانوني ، فيقال إنه تصرف من جانبين وهو ما يعرف باسم العقد أو الاتفاق (٢) ، مثل عقد البيع والإيجار والعمل والمقاولة وحالة الحق وتجديد الدين .

ويشيع في فقه القانون العام ، وعند بعض فقهاء خاصة مثل ديجي (٣) ، إنكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية المنعقدة بإرادتين أو أكثر ، مثل : عقد الزواج ، بحجة أن طرفيه لا يمكن تحديد آثاره ، بل القانون هو الذي يستقل بهذا التحديد . وعقد الشركة ، بحجة أنه ينظم مصالح متوافقة - لا متعارضة كما هو الأصل - لأطرافه ويولد التزامات متعاقبة متبادلة بينهم . وعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين صاحب عمل أو أكثر من أصحاب العمل ، بحجة أنه لا ينشئ مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع أصولاً وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل في حرفة أو مهنة أو منشأة معينة .

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالنصرفات

(١) هذا هو المقرر في القانون المصري ، حيث لا ينظر إلى قبول الوصي له على أنه ركن لانعقاد الوصية وإنما مجرد شرط للزومها نصب ، فلا تعتبر إذن عقداً من العقود ، ولذلك تنص المادة ٢٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الوصي له صراحة أو دلالة بعد وفاة الوصي ... » .

(٢) يجري بعض الفقهاء على التمييز بين « الاتفاق » وبين « العقد » باعتبار الأول من الجنس والثاني من النوع ، بحيث يكون الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، بينما يكون توافق الإرادة في العقد قامراً على إنشاء الالتزام نصب . ولكن التفرقة بين الاتفاق وبين العقد على هذا النحو غير ذات أهمية ولذلك يجري العمل على عدم التمييز بينهما واستعمال أحدهما في الدلالة على نفس المعنى من التفرقة على ترتيب أي أثر قانوني كان على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ( في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٦ ، ٣٧ ) .

الجماعية (*actes collectifs*) والتصرفات الاتحادية (*unions*) ، ورغم ما يوجد من توجه اختلاف غير منكور بين هذه التصرفات وبين النموذج المصادى التقنينى للمقد أو الاتفاقى ما يبرر اخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الأشكال والصور جميعا إذا أخذنا اصطلاح الاتفاق بمعناه الأعم وهو توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانونى<sup>(١)</sup> .

### ٣٨٢ - التصرف المنظم والتصرف الشرطى والتصرف الشخصى

يرجع الفضل فى هذا التقسيم الى فقهاء القانون العام أساسا<sup>(٢)</sup>، ولذلك أتبع له أن يستقر فى فقه القانون العام قبل القانون الخاص ، وإن كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذه الفقه الأخير<sup>(٣)</sup> . وهذا التقسيم مبنى على اختلاف دور التصرف القانونى ووظيفته ، وهو ما يتمكس أثره كذلك على مدى آثاره .

فحيث يكون دور التصرف القانونى هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل فى القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانونى منظما (*acte-règle*) ، مثل التشريع المصادى واللوائح الادارية ، وعقد العمل الجماعى ، ونظم الجمعيات والنقابات والشركات .

وحيث يكون دور التصرف القانونى منحصرا فى أن يكون وجوده شرطا أوليا لازما لأعمال احكام نظام قانونى عام على شخص من الأشخاص ، أو لوضع هذا الشخص فى مركز ينظمه ويحكمه القانون مباشرة ، يكون التصرف شرطيا (*acte-condition*) . فمثل هذا التصرف إذن لا يملك بذاته تحديد آثاره وإنما يحدداه القانون وحده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف الا تمهيدا

(١) فى هذا المعنى :

Gény, *Science et technique*, t. IV, pp. 210, 211.

(٢) انظر فى ذلك بغضه :

Duguit, *op. cit.*, t. I, Nos. 24, 31, pp. 287 - 213, 225 - 231. — Éligiendo, *Value sociale et concepts juridiques*, pp. 198 - 199.

(٣) انظر فى ذلك بغضه :

Colin, Capitant et De La Morandière, *op. cit.*, t. I, Nos. No. 70, pp. 68 - 69.

وشرطا لاعمال احكام القانون وتطبيق نظام قانوني معين على شخص او اشخاص يعينهم التصرف . ومن امثلة التصرف الشرطي ، قرار تعيين الموظف ، وقبول التجنس ، وعقد الزواج .

وعين يكون دور التصرف القانوني انشاء مركز شخصي لاطرافه ، اى مركزا خاصا مؤقتا يعين التصرف نفسه مداه ويحدد آثاره ، يكون التصرف شخصا او ذاتيا (acte subjectif) ، مثل الوصية وعقد البيع والايجار والهبة والعارية والوديعة .

ويراعى فى شأن هذا التقسيم أن الحد الفاصل بين التصرف الشخصى والتصرف الشرطى ليس بالقاطع ، وانه يدع مجالا للتداخل والاختلاط بين نوعى التصرف ، حيث يضيق مدى سلطان الارادة ويصبح جانب غير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددا ومحكوما مقدما بمجموع من القواعد الآمرة المتصلة بالنظام العام<sup>(١)</sup> ، وهو ما يكثر فى العصر الحديث خاصة أمام ازدياد تدخل الدولة وهيمتها على توجيه الاقتصاد الوطنى<sup>(٢)</sup> . فضلا عن ذلك ، فالقول بأن التصرفات المنظمة تضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتعتبر لذلك مصادر للقانون<sup>(٣)</sup> قول محل نظر ، فانه اذا صنف هذا القول فى شأن بعض صور التصرفات كالتشريع عموما سواء كان دستورا او قانونا ، أو لائحة ، فهو محل شك فى باقى صورها الأخرى .

#### ٢٨٤ - التصرف المنشى - والتصرف الكاشف

يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانونى فى الحقوق ، فقد يكون هذا الأثر انشاء للحقوق ، وقد يكون كسفا وتقييدا لها . ولذلك فالتصرف القانونى من هذا الوجه إما تصرف منشى وإما تصرف كاشف . أو مقرر .

أما التصرف المنشى (acte constitutif) ، وهو الفاعل فى

Marty et Raynaud, t. I, 122, p. 211. (١)

Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 70, p. 67. (٢)

Marty et Raynaud, t. I, No. 124, pp. 212 - 214. (٣)

«التصرفات فهو الذي من شأنه إنشاء حق لشخص من الأشخاص ابتداء أو انتقالاً» (١) . والتصرف المنشئ ابتداء هو الذي يخلق حقاً جديداً أصلاً ، كمقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين قبل الآخر - نتيجة إخضاعهما لنظام الزواج القانوني - حقوقاً مبتدأة ، والحكم القضائي بتطبيق الزوجة على زوجها ينشئ للزوجة - وأحياناً للزوج - حقوقاً مبتدأة كذلك . والتصرف المنشئ انتقالاً هو الذي ينتقل أو يحول حقاً قائماً أصلاً من صاحبه الأصلي إلى صاحب جديد ، كمقد البيع أو الهبة ينشئ للمشتري أو للموهوب له حقاً في ملكية المبيع أو الشيء الموهوب بنقله إليه من البائع أو الواهب ، وينشئ لتبائع حقاً في الثمن بنقله إليه من المشتري .

وأما **التصرف الكاشف أو المقرر (acte constitutif)** (٢) ، فليس من شأنه إنشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالاً وإنما هو يفترض أصلاً وجود حق قائم من قبل مترتباً على تصرف منشئ سابق . ولكن هذا الحق يفترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الإنكار ، أو تكون بعض عناصره - رغم التسليم بوجوده - محل منازعة . أو يرد عليه من الوصف ما يقيد ويحد من مباشرته ، فيحتاج إذن إلى التحور مما ينقله من هذه القيود والعقبات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو الذي يحقق له ذلك . فالتصرف الكاشف إذن هو الذي يسمح لحق سابق غير

---

(١) يشير في اللغة صر اصطلاح « التصرف المنشئ » على التصرف المنشئ ابتداءً فقط ، والتعبير باصطلاح « التصرف الناقل (acte translatif) » عن التصرف المنشئ انتقالاً . ولأنه يبدو أنه ، على الأقل في مجال المقارنة بين هذين النوعين من التصرف من ناحية وبين التصرف الكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج في الاكتفاء باصطلاح « التصرف المنشئ » وسرده إلى الإنشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء ، فهو يستوعبهما معاً وفيه ما يعتمد فيه من معنى إنشاء حق لم يكن للشخص من قبل سواء كان ثابتاً أو غير ثابت أصلاً لديه .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse. Rennes, 1942. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse. Toulouse, 1948.

فعل بإنتاج كل آثاره (١) ، أو هو الذى يطلق لحق سابق كامل مفعوليته .  
بتحريره مما كان يعترضه من عقبات . ومن أمثلة التصرفات الكاشفة :  
الاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والأحكام القضائية فى الأصل ، والصلح ،  
والقسمة .

فلاعتراف بالبنوة الطبيعية غير الشرعية ، فى الشرائع التى تتيح هذا  
الاعتراف ، هو السند اللازم الذى كانت تفتقده البنوة الطبيعية القائمة أصلا :  
لإنتاج آثارها القانونية (٢) . والأحكام القضائية أحكام كاشفة فى الأصل (٣) ،  
لأنها إنما تعترف بحق سابق محل منازعة فى وجوده أو فى بعض عناصره .  
وتعطيه ما كان يفتقده من تأكيد أو قوة أو تحديد . والصلح كذلك تصرف .  
كاشف ، إذ هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا  
فالصلح إذن ليس هو المصدر المنشئ لحق كل من المتصالحين إذ هو سابق على  
الصلح ، وإنما يكشف الصلح عن وجود هذا الحق ويحدده على النحو الذى  
تنتفى به المنازعة فيه فيكسبه ما كان ينقصه - نتيجة هذه المنازعة - من  
تأكيد . وقسمه الشئ الشائع كذلك تصرف كاشف (٤) ، فهو لا تنشئ لكل  
متقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل ، وإنما تكشف عن حقه القائم أصلا  
منذ الشيوع وب نفس سنده (٥) ، ولكن مع تحريره مما كان يشغل مباشرة .

---

Maria, Thèse précitée, Nos. 219, 234. (١)

كتابنا أحكام حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥١٠ - ٥١١ .

(٢) أنظر فى ذلك :

Maria, Thèse précitée, No. 29.

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، توجد بعض أحكام قضائية منشئة ، مثل الحكم بالتطبيق ،  
والحكم بفسخ المزداد ، والحكم بالرجوع عن الية .

(٤) راجع فى اعتبار القسمة تصرفا كاشفا ونفى اعتبارها تصرفا نافلا أو منشئا : كتابنا  
أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ١٥٢ و ١٥٣ ، ص ٥٠٥ - ٥١٢ .

(٥) فالذا كن الشيوع نتيجة تركه وولبها الفركاء مما أو نتيجة اشتراكهم فى شرا  
الشئ الشائع ، فيظل سند حق كل شريك محتسب به القسمة هو سند قبضها من الأثر أو عقد  
البيع .

في ظل الشيوع من قيود التزام بين الشركاء ، اذ تفرز لكل شريك متقاسم نصيبا ماديا من الشيء الشائع يعادل حصته الرمزية في الشيوع<sup>(١)</sup> بحيث يستأثر عليه وحده بكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة بخاصة<sup>(٢)</sup> في أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقدم القصير ، لأن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق أي أنه من حيث طبيعته تصرف منتهى ولا يعيبه إلا صدوره من غير صاحب الحق .

وكذلك تبدو هذه الأهمية من حيث أثر التسجيل . فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية المقارية لكي تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين ذوي الشأن أو بالنسبة إلى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية المقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة إلى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير إلا بتسجيلها ( م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقاري ) .

### ٣٨٥ - مبدأ سلطان الإرادة وقيوده

إذا كان التصرف القانوني إرادة محضة متجهة إلى أحداث أثر قانوني ، فمقتضى ذلك الاعتراف للإرادة بالقدره على توليد الآثار القانونية ، وخاصة انشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضائها ، ويعبر عن ذلك بمبدأ سلطان الإرادة . ولكن من الواضح أنه ليس للإرادة مثل هذا السلطان إلا إذا كانت كاملة صادرة من قوى أهلية ، وكانت صحيحة مبرأة من عيوب الظلم والحداد

(١) كالصنف أو الثلث أو الربع .

(٢) وقد كان الفقه التقليدي يربط كذلك أهمية أخرى على التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الأخيرة بالرقع الرجسي . وليس هنا مجال القول في مناقشة هذا الفقه تفصيلا . ولكن يكفي أن نقول أن ما يقيمه من ترادف بين الأمر الرجسي وبين التصرف الكاشف ليس إلا محض التماس . وأنه ليس في طبيعة التصرف الكاشف ما يحد من رجيته ، أنظر خاصة في نفي الأمر الرجسي للنسبة باعتبارها تصرفا كاشفا ، كتابنا أحكام حق الملكية سابق الذكر ، فقرة ١٥٧ ، ص ٢٨٨ - ٥٤٠ ) .



أو التدليس والإكراه والاستغلال ، وكان لها محل وسبب مشروع ( م ١٣٥ جـ - ١٣٦ مدني ) .

وقد سبقت الإشارة الى ما كان لانحصار المذهب الفردي من أثر في المخالفة . في اطلاق مبدأ سلطان الإرادة . ولكن لم تلعب هذه المخالفة أن تكشف - أمام تطور الحياة الاقتصادية - عن نتائج طائلة ، اذ صار مبدأ سلطان الإرادة - سلاحا في يد الأقوياء يتحكمون به في الضعفاء باسم حرية الإرادة وسلطانها . مما مهد لمخالفة عكسية من جانب المذهب الاجتماعي في اصدار سلطان الإرادة . أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقا للصالح العام . غير أنه اذا كانت المخالفة في اطلاق مبدأ سلطان الإرادة ليست بالمقبولة ولا الصالحة ، فكذلك المخالفة في اصداره ليست بالمأمونة الحواشي . لذلك يتخذ المشرع المصري موقفا وسطا بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي في هذا الشأن ، فيقرر في الأصل مبدأ سلطان الإرادة ، ثم يورد عليه من القيود ما يتوقى خطر اطلاقه . دون أن ينتهي الى الغائه .

ولمبدأ سلطان الإرادة وجهان متقابلان : كفاية الإرادة لانشاء التصرف القانوني ، وقدرة الإرادة واستقلالها بتحديد ما يترتب على التصرف من آثار قانونية ، فنعرض لكل من الوجهين وقوده فيما يلي :

#### ١ - كفاية الإرادة لانشاء التصرف القانوني : مقتضى مبدأ سلطان الإرادة

أن مجرد الإرادة وحدها تكفي لانشاء التصرف القانوني ، دون شكليات معينة تصحبها . ويمبر عن ذلك بقاعدة الرضائية ، وهي السائدة اليوم في القانون الحديث كأصل عام . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة . فتم تصرفات قانونية يحتم المشرع نشوئها وانقضاءها اقرارا بها في شكل معين من الأشكال (١) ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه بطلانا مطلقا .

---

(١) أما تطلب شكل معين . كالكتابة ، لاثبات التصرف القانوني . فليس في حيزه كفاية . على قدرة الإرادة وكما يجب لانشاء التصرف القانوني ، اذ يحرم التصرف غير المكتوب ويطلب في مثل هذه الأحوال بعض الإرادة المجردة من هذا الشكل . وإن كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يجبر اليائه بالقرار أو اليمين .

«ولكن اشتراط الشككية لانعدام التصرفات القانونية ليس في القانون الحديث ، على خلاف الحال في بعض الشرائع القديمة كالقانون الروماني ، الا مجرد استثناء من القاعدة الأصلية وهي قاعدة الرضائية » .

٢ - فكرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك :  
«مقتضى مبدأ سلطان الإرادة كذلك أن الإرادة المنشئة للتصرف القانوني قادرة في الأصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وأنها تستقل بهذا التحديد ، بحيث يجب تحديد هذه الآثار كما حددتها الإرادة دون تغيير أو تعديل » . ولكن انطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الإرادة ليس مقصودا .  
«فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة في أمر نظام من الأنظمة الأساسية في الجماعة ، أو لتكبح جماح انطلاق الإرادة في ترتيب الآثار القانونية والحد من تظليل الصالح الفردي على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات » .

فتم تصرفات قانونية ينعم سلطان الإرادة في تحديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الإحالة في شأن هذا التحديد إلى نظام قانوني معين يستقل بفرضه القانون ، كما هو الشأن في التصرفات الشرطية كمقد الزواج .

وواضح ، الى جوار ذلك ، أن فكرة النظام العام والأداب تعتبر هي القيد الرئيسي الذي يرد على سلطان الإرادة في ترتيب ما تنجم من آثار قانونية .  
«وقد كان من أثر تراجع المذهب الفردي في صيوره المختلفة ، أمام تقدم موانعشار المذهب الاجتماعي ، ازدياد تدخل الجماعة في علاقات الأفراد كقالة للصالح العام وتحقيقا للتوازن بين قوى الأفراد غير المتعادلة ، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا قابله بالطبيعة انكماش ظاهر في مدى استقلال إرادة الأفراد في ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كسبر من التصرفات القانونية - كعقد العمل الفردي - أقرب الى التصرفات الموجهة التي يستقل القانون بتنظيم كل أو جل آثارها » .

.. وكذلك فإن وجوب التزام كل تعهده الإداري من آثار قانونية وتنفيذية  
التصرّجات القانونية على هذا النحو من التجديد دون تعديل ، لم يعد اليوم  
بالقاعدة المطلقة . بل تتجه بعض القوانين الحديثة نحو إعطاء القاضي سلطة  
واسعة في تعديل العقود وتغيير ما حددته الإرادة من شروط في أحوال معينة .  
وفي طليعة هذه القوانين التقنين المدني المصري الحالي ، الذي يعطي القاضي  
هذه السلطة الواسعة في حالة الظروف الطارئة وفي شأن عقود الإذعان .

فإذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على  
حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى - وإن لم يصبح مستحيلا - صار مرفقا  
للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي - تبعا للظروف وبعد  
الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرفق الى الحد المقبول  
( م ١/١٤٧ مدني ) ( ١ ) .

وكذلك ففي شأن عقود الإذعان ، التي يمل فيها طرف على الطرف الآخر  
شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر الى احتكاره الخدمة  
أو السلعة محل التعاقد احتكارا قانونيا أو فعليا أو سيطرته عليها سيطرة  
تعد كثيرا من المناقشة في شأنها ، كالعقود التي يملكها الأفراد مع شركات  
الكهرباء والغاز والمياه - يجوز للقاضي - إذا كانت هذه الشروط تصفية  
أن يعدلها أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به  
المقالة ( م ١٤٩ مدني ) .

وكذلك إذا كان الأصل هو قدرة الإدارة بذاتها على توليد ما تعهده من  
آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيطلق توليد هذه الآثار أو بعضها  
على وجوب اتخاذ إجراء من إجراءات الشهر والصلانية للتصرف القانوني  
حماية للغير واستقرارا للمعاملات . ومن ذلك أن المشرع يعلق إنتاج التصرفات

---

(١) وتقتضي نظرية الظروف الطارئة بصر صريح يدخلها في نطاق القانون المدني المجرى  
والمعاملات المدنية على هذا النحو المستحدث ، سبقه أخذ القضاء الإداري المصري بهذه النظرية داخل  
نطاق القانون الإداري اتباعا لنهج القضاء الإداري الفرنسي .

القانونية لانشاء أو نقل أو تغيير أو زوال الحقوق المينية الأصلية العقارية -  
سواء فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير - على تسجيل مسنده  
التصرفات ( م ٩ من قانون الشهر العقارى ) ، كما يعلق انتساج التصرفات  
القانونية المنشئة لحقوق عينية عقارية تبعية لاثرها من التتبع والافضلية لدى  
مواجهة الغير على قيدا ( م ١٢ من قانون الشهر العقارى ) \*

## الباب الرابع

### استعمال الحق

#### ٣٨٦ - استعمال الحق في تطوره من الاطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه<sup>(١)</sup> ، أن مضمون الحق هو تلك المكنتات والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه . فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . ومضمون حق القرض هو قدرته على مطالبة المقرض برد القرض في الأجل المضروب . ومضمون حق المؤلف هو السلطات التي تثبت للمؤلف على مصنفه ، سواء كانت معنوية تعبر عن أبوته الفكرية أو مالية تنحصر في استغلال المصنف استغلالا ماليا .

وهذه السلطات التي تكون مضمون الحق ، هي التي يستعملها صاحب الحق في سبيل التمتع بحقه . والأصل أن استعمال هذه السلطات ، بوجه عام ، يحمي القانون ويحصم صاحبه من المسؤولية عن نتائجه ، لأن الحق إنما يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعي منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلا مشروعا ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعيبتها القانون .

ومن هنا ، كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسئولاً عما يصيب الغير من ضرر من جراء

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٦٣ .

هذا الاستعمال . وقد أعان على ترويج الاعتقاد في هذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردي الذي يقوم فقهه في أساسه على الفرد وحقوقه ولا يعترف بوجود القانون الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له . فالتنظرة الى الفرد في هذا المذهب كانت باعتباره السيد المطلق الذي تسخر الجماعة في خدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطان مطلق في استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب أو حسيب .

غير أن المذهب الاجتماعي الذي يقوم في أساسه على الجماعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه ، قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردي في هذا الصدد ، فذهب غلاة أنصاره الى انكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازاً بل تفرض عليه التزاماً الى حد القول بأنه « ليس لأحد من حق الا فعل واجبه » ، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلاً باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الأساسي لكل مجتمع .

وظاهر ما يوجد من مفارقة من جانب كل من المذهبين في النظرة الى الحق واستعماله ، فاسباب حصانة مطلقة على صاحب الحق في استعماله يجعل الحق في يده أداة طيعة مشروعة للاضرار بغيره في سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة ، واعتبار الحق وظيفة اجتماعية خالصة يلغى فكرة الحق الفاء بمحو كيان الفرد واستقلاله .

من أجل ذلك ، يذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة في مجموعها مذهبا وسطا بين النزعتين المتطرفتين ، يتخذ مظهره في النظرية المعروفة باسم « نظرية التصف في استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغى فكرة الحق المسبق بتحويله الى وظيفة اجتماعية خالصة ، بل تعترف بالحق وبعريه صاحبه في استعماله بما يعود عليه من نفع ، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرة الى استعمال الحق فلم يعد هذا الاستعمال مطلقا متروكا الى محض تقدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وانما أصبحت حماية القانون مبسطة على الاستعمال المشروع وحده . أما الاستعمال المنحرف الذي يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي ويخلق من الحق في يده سلاحا يرفعه في وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستأهل حماية القانون ، مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع أو منعه أصلا من الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف في استعمال الحق » التي تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك . فنعرض لهذه النظرية فيما على .

## فصل وحيد

### نظرية التصسف<sup>(١)</sup> في استعمال الحق<sup>(٢)</sup>

#### La théorie de l'abus de droit

#### ٢٨٧ - الأصول التاريخية للنظرية ، واستقرارها في القانون الحديث

إذا كانت نظرية التصسف في استعمال الحق قد كتب لها التبلور والاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث ، فلا يعني ذلك أنها نظرية مستعجلة لم تعرفها الشرائع القديمة ، بل الواقع أن جنودها تمتد الى الماضي البعيد بحيث نجد أصولها التاريخية مرتدة الى القانون الروماني والشرعية الإسلامية.

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هي التسمية السائدة ، ولكن توجد تسميات أخرى قد تكون أظهر في الدلالة على ما تعني هذه النظرية - كما سنرى - من ارتكاب استعمال الحق بغايته أو قيمته الاجتماعية ، مثل تسميتها بنظرية « روح الحق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثل « جوسران » - ولكننا آثرنا رغم ذلك الابهاء على التسمية السائدة ، لأنها قد اكتسبت - بشيوعها وقدمها - حجية واستقرارا في الأذهان ليس من الصالح توزيعه بتغيير الاصطلاح -

(٢) راجع في هذه النظرية بخاصة :

Porcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon, 1901. — Jossierand, De l'abus des droits, 1905. — Bardsco, l'abus de droit, thèse, Paris, 1912. — Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Champion, De l'exercice antisocial des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles, 1925. — Markovitch, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1928. — Jossierand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., 1929. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1928, (dactylographiée).

انور سلطان ، نظرية التصسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الأول ، ص ٧١ - ١٣٦ - « حقيق عمر » نظرية سوء استعمال الحقوق ، ١٩١٧ - « كتابنا أصول القانون » ، قرات ٣٦٩ - ٤١٦ ، ص ٧٩ - ١١٦١ - « ودروسنا في المطبوعة في » نظرية التصسف « في استعمال الحق لطلبة ديبلوم الدراسات العليا للقانون الخامس بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٩/١٩٦٠ »



وتراجعت أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أواخر القرن  
الثامن عشر . وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر عادة هذه  
الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة وما تعلمه من فكرة سيادة الفرد  
وحرية الكاملة وبخاصة في استعمال حقوقه استعمالا مطلقا دون تعقيب عليه  
في ذلك من قبل القضاء .

ولا نعيد القول في انتقاد المذهب الفردي ولا فيما جره تطبيقه من نتائج  
سائلة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل . وانما يكتنينا في هذا المقام أن تكاثر  
الهجوم على المذهب الفردي وابتداء ظهور الدعوة للمذهب الاجتماعي ، لم يلبث  
لأن حمل القضاء الفرنسي منذ أواسط القرن الماضي - رغم عبارات النصوص  
المنشعبة بروح الفردية ومعنى اطلاق الحقوق - على فرض رقابته على استعمال  
الحقوق ، وعلى مواصلة السير في طريق هذه الرقابة والتوسعة فيها ، مما  
انتهى في مطلع القرن الحالي - بموجة الفقه وتأصيله - إلى إحياء ما اندثر من فكرة  
التنصيف في استعمال الحق ، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لها تجاوز  
النطاق المحدود الذي كانت عليه في القانون الروماني والقانون الفرنسي  
القديم - ولم يلبث المشرع الفرنسي أن اعتنق نظرية التنصيف ، إن لم يكن  
جنس يفرض مبدأ عاما ، ففي الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة (١) لمثل  
هذا المبدأ الذي جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل .

ثم اطرود واستقر الأخذ بنظرية عامة للتنصيف في استعمال الحق في كثير  
من القوانين الحديثة ، سواء باجتهادات قضائية جريئة أو بنصوص تشريعية  
صریحة . ومن بين هذه القوانين القانون الألماني والسويسري والسوفيتي (٢)  
والبناني (٣) والمصري .

---

(١) انظر في ذلك :

Mazoud, op. cit., t. I, No. 588.

(٢) انظر كتابنا سابق الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٣) انظر كتابنا للتدخل إلى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، بيروت ، ١٩٦٧ .

ص ٨٨٥ و ٨٨٦ و ٩٠٠ و ٩٠١ و ٩٠٧ - ٩١١ .

ففي القانون المصري ، ورغم عدم اشتغال التقنين المدني القديم الا على بضعة نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لنظرية التصسف ، لم يتردد القضاء المصري حينئذ في اعتناق هذه النظرية والتوسع في تطبيقها ، والسبب بذلك في الطريق الذي اختطفه الفقه الاسلامي منذ قديم واتبعه القضاء والفقه الفرنسي في العصر الحديث . لذلك عني التقنين المدني الحالي بتقنين مسلك القضاء المصري في هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتصسف في استعمال الحق أحلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، فنص في المادة الرابعة على أن « من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . وعرض في المادة الخامسة لضوابط التصسف ومعاييرها التي تجعل استعمال الحق غير مشروع ، فنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : ( أ ) اذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ( ب ) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » ( ج ) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

ولم يكتف المشرع المصري بتقرير نظرية عامة للتصسف في استعمال الحق على هذا النحو ، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة (١) .

### ٢٨٨ - منهج البحث

يشير البحث في نظرية التصسف في استعمال الحق أول ما يشير مشكلة تحديد ماهية التصسف وتاصيله ، حتى يمكن على مدى ذلك تمييز فكرة التصسف عما قد يشبته بها من أفكار أخرى وتحديد موضوع نظرية التصسف ومدى تبعيتها لنظرية المسؤولية التقصيرية أو استقلالها عنها . فإذا فرغنا من

---

(١) فمن ذلك نصه على أنه « لا تسبغ ( على المبل ) جصاف من أحد المصالحين ، كان للمتأكد الآخر .. الحق في تويض ما أصابه من ضرر .. » ( م ٢/٦٩٥ مدني ) . وعلى أنه « .. ليس مالك الحائط أن يهجمه مختاراً دون حذر قوي ، ان كان هذا يضر الجوار الذي يستتر به ملكه بالحائط » ( م ٢/٨١٨ مدني ) .

فالقانون الروماني ، وإن لم يتبن نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، إلا أن من المؤكد أنه قد عرف - في صدد بعض الحقوق - فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة وهي صورة تعمد الاضرار بالغير<sup>(١)</sup> . والشريعة الإسلامية مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق<sup>(٢)</sup> وأعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت اليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة . فالحقوق في نظر فقهاء هذه الشريعة ليست الا منحة من الله وهو المشرع الأسى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غاية مميّنة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمال الحقوق وفق هذه الغاية . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الاضرار بالغير على النحو الذي كانت عليه في القانون الروماني ، بل اتسعت لتشمل صوراً أخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق<sup>(٣)</sup> .

وقد أتبع لفكرة التعسف في استعمال الحق أن تنتقل من القانون الروماني الى القانون الفرنسي القديم ولكن على نحو أكثر اتساعاً ، إذ أصبح التعسف متحققاً - لا باستعمال الحق بنية الاضرار وحسب - بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه<sup>(٤)</sup> . ولكن هذه الفكرة لم تلبث أن انتكصت

---

(١) في هذا المعنى :

Perrechet, thèse précitée, p. 38. — Massad, Traité de la responsabilité, t. I, No. 388. — Notre thèse précitée, p. 4.

كاتبنا سالف الذكر ، ص ١٠٨١ .

(٢) راجع ، وبخاصة ، في فكرة التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية .

Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, thèse Lyon, 1912.

السيد مصطفى السيد ، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تكثيف به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث ( دراسة في نظرية سوء استعمال الحقوق ) ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وبخاصة ، ص ٢٤ - ٤٢ . - صبحي مصماني ، النظرية العامة للموجبات والنفوذ في الشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، ١٩٤٨ ، ص ٤١ - ٥٢ .

Fathy, thèse précitée, Nos. 158 et 9. (٣)

Massad, op. cit., t. I, No. 388. — Planiol, Ripert et Esmein, (٤)  
Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2e éd., 1933, No. 573.

ذلك ، تمنى الوقوف على معايير التصنف وضوابطه . ثم ينبغي بعد ذلك تحديد محل التصنف تحديدا دقيقا يحصر نظرية التصنف في نطاقها الحقيقي وينأى بها عن كل تضخم وهمي دخیل عليها . ويبقى بعد ذلك الكلام في اثبات التصنف وفي جزائه .

## المبحث الأول

### تأصيل التصنف وموضع نظريته<sup>١</sup>

#### ٢٨٩ - الربط بين التصنف والخطأ داخل دائرة المسؤولية التقصيرية -

##### مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

يرد الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم « التصنف » الى فكرة الخطأ ، ويستبقى على هذا الأساس نظرية التصنف في استعمال الحق داخل دائرة المسؤولية التقصيرية<sup>(١)</sup> . ولكن أنصار هذا الاتجاه تتفرق بهم المذاهب في سبيل تبرير ذلك على النحو الذي نعرضه ونناقشه فيما يلي :

##### (١) مذهب التسوية بين « التصنف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة

الحق » : ظهر الخلط بين فكرة « التصنف في استعمال الحق » l'abus de

droit وبين فكرة « مجاوزة الحق أو الخروج عنه » le dépassement de

droit ، منذ حاول جانب من الفقه الفرنسي في مطلع القرن الحالى تأييد

مسلك القضاء الفرنسي في محاربة الاستعمال التصفي للحقوق عن طريق

تطويع النصوص القائمة في المسؤولية التقصيرية لتقبل واستيعاب فكرة

التصنف . وكان أسير سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التصنف ليست

بالفكرة الجديدة أو المستقلة التي تحتاج في تقريرها أو تأكيدها الى نصوص

قانونية جديدة تضيف أو تعدل في النصوص القائمة ، لأن التصنف في

---

(١) وهي المسؤولية التي تحقق في جانب من يرتكب خطأ يسبب ضررا للآخر . ونذكره  
بمؤيد ( م ١٦٢ حتى مصرى ) .

استعمال الحق ليس إلا خروجاً عنه ، والخروج عن الحق عمل غير مشروع (acte illicite) يندرج - دون جدال - تحت أحكام المسؤولية التقصيرية التقليدية .

وقد تزعم هذا المذهب ودافع عنه ببراعة الفقيه الفرنسى الكبير بلانتيول (Planiol) . ومنطقه فى ذلك أن الحق ينتهى حين يبدأ التصسف ، فلا يوجد ثم استعمال تصسفى لحق ما ، لذلك السبب البديهي من أن نفس الفعل لا يمكن أن يكون فى آن واحد موافقاً للقانون ومخالفاً له . فإذا كان هناك تصسف فى سلوك الأفراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم وإنما حين يجاوزونها أو يخرجون عنها . إذ الحقوق ليست مطلقة ، بل هى مقيدة فى أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيده من استعمالها ، والخروج عن هذه الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه العمل دون حق (١) .

ولكن منطق هذا المذهب ، رغم وجاهته البادية ، منطق شكلى يتلاعب بوحدة اصطلاح « الحق » و « القانون » فى اللغة الفرنسية (٢) ، ليظهر تناقضاً منطقياً بين اعتبار الفعل التصسفى مخالفاً للقانون واستمرار اعتباره داخلاً فى حدود الحق واستعمالاً له . وما من شك فى أن الفعل الواحد يستحيل أن يكون موافقاً للقانون ومخالفاً له فى نفس الوقت . ولكن ليس ما يمنع من أن يكون الفعل الواحد موافقاً لحق من الحقوق لأنه يدخل فى نطاقه ومضمونه ، ومخالفاً فى آن واحد للقانون فى مجموعه (٣) ، وهذا هو جوهر فكرة التصسف فى استعمال الحق ومعناها .

ففكرة التصسف إنما تفترض وجود فعل يدخل فى حدود مضمون الحق . ليكون مشروعاً فى ذاته لأنه سلطة من السلطات التى يغولها الحق لصاحبه ، ولكنه ينقلب معيباً أو غير مشروع لانتهاك فى غرضه أو نتيجته . والتصسف

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 10e. éd. 1902, (١)

Page ٧٦١

(٢) وهو اصطلاح (٧)

Jourdain, op. cit., No. 246. (٧)

على هذا النحو ، يتميز تميزا واضحا عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذي يفترض بدهة عملا يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الأحوال مشروعا في ذاته . فالفارق اذن ظاهر بين العمل التصفي وبين العمل المجاوز للحق ، اذ بينما يكون الأول مشروعا في ذاته ولكنه معيب في غرضه أو نتيجته ، يكون الثاني غير مشروع في ذاته أصلا . فالتلك الذي يجور على ملك جاره ويبني فيه ، انما يأتي عملا مجاوزا لحقه وخارجا عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع في ذاته . بينما المالك الذي يبني جدارا في ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتصرف في استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الأحوال ، لأن حقه يخول له البناء في ملكه ، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملا مشروعا في ذاته لأنه داخل في حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تصفيا رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف في غرضه مآتاه مجرد الرغبة في استخدام هذه السلطة المشروعة التي يخولها له حقه في الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة « الخروج عن الحق » وصورة « التمسك في استعمال الحق » . فالمشكلة التي تثيرها الصورة الأولى انما تتعلق بمضمون الحق ، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلا غير مشروع في ذاته ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتيا ويمتنع الاتيان به امتناعا مطلقا . بينما المشكلة التي تثيرها الصورة الثانية تتعلق بنسبة الحق لا بمضمونه ، فلا يتصرف علم الشرعية الى ذات الفعل التصفي وانما الى غرضه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضه المتصرف فحسب دون مساس بمضمون الحق أو السلطة الواردة عليها التمسك . ولذلك يظل لصاحب الحق - رغم الحكم بالجزاء على فعله المكون للتمسك - القدرة على معاودة ذات الفعل دون خطر التعرض للجزاء ، طالما يبتغي به حيثث غرضاً غير مشوب (١) . وما دامت فكرة التمسك لا تفسد مضمون الحق وانما تفسد غايته، فمن غير المقبول اذن القول بأن تحريم الأغراض المتحرقة في استعمال الحق يضيف حدا جديدا الى حدود الحق

(١) انظر في تفصيل ذلك :

المادة الأصلية بحيث يعتبر خرقه كخرقها خروجاً عن الحق ، اذ حدود الحق دائماً تنصرف الى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على المخاض استعماله (١) .

وعلى أى حال فقد بات مستقراً اليوم عند جمهور الفقهاء (٢) التمييز بين « التصنف في استعمال الحق » وبين « الخروج عن الحق أو مجاوزة الحق » . ولذلك اذا أريد استبقاء فكرة التصنف في نطاق المسئولية التقصيرية ، فينبغي البتحت عن أساس آخر غير الزعم باعتبار التصنف خروجاً عن الحق أو مجاوزة له .

(٢) مذهب التسوية بين التصنف وبين الخطأ التقصيري : يرى هذا المذهب في التصنف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ المولد للمسئولية التقصيرية (٣) . ذلك أنه اذا كان الخطأ في مفهوم الحديث انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي ، فهو متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العامة على السواء . واذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائداً في القرن الماضي من مبدأ إطلاق الحقوق ،

(١) Notre thèse précitée, pp. 175, 178.

(٢) انظر بغاية :

Percherot, thèse précitée, p. 188. — Demazeau, op. cit., t. III, Nos. 236, 237. — Jousseaume, op. cit., Nos. 245-247, 261. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contraires, Rev. trm. de droit civil, 1944, pp. 1 et s.v.p. 4, No. 5. — Dahin, pp. 271, 285. — Notre thèse précitée, pp. 173-183.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فترات ٥١١ و ٥٥٦ - - أنور منطال .  
المقالة السابقة ، ص ٩١ .

(٣) انظر ، بغاية ، في الاخذ بهذا المذهب :

Jamet, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1908, p. 140. — Maxeud, Traité de la responsabilité, t. I, Nos. 362, 364, 376 - 381. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. II, 396, 294.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فترات ٥٥٢ و ٥٥٧ و ٥٥٩ - - أحمد حبيب  
قبر ستييه ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فترات ٢٧٧ - ٢٢٢ - - عبد القم فرج السيد ،  
مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فترات ٢٧٥ - ٢٢٥ - - اسماعيل لاثم ، ص ١٦٤ - ١٦٧ .

فلهم يعد ثم ما ينبع اليوم من اعلانها وتأكيدا ، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من التسليم فرض رقابة على استعمال الحقوق • فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق •

وإذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة أحكام المسؤولية الناشئة عن ممارسة الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التصسف بالاكتمفاء يردّه الى معيار الخطأ التصري المروف وهو الاعتراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتحديد والتيسير انما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها •

فمركز صاحب الحق في استعمال حقه ، ينبغي ألا يسوى بمركز الشخص في ممارسة رخصة من الرخص العامة ، حتى يقال ان التصسف في الصورة الأولى هو ذات الخطأ في الصورة الثانية • ففي مجال الحريات لو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات والرخص في نفس الوقت ، لا يحتاج الأمر إلا الى التنسيق في هذا الاستعمال الجماعي المتناسر ، وهو ما لا يتحقق إلا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر وبقطة وحيلة حتى لا يعد مما لهم من نفس الحريات المائلة • أما في مجال الحقوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة الى الباقين لما يختص به القانون على محل معين من سلطة استثنائية يملكها دون غيره ، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعلى من أجلها الحق لا لتناقضتها ، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفق هذه الغاية للمينة لا وفق فكرة الحيلة أو القطة العامة • مما يعنى إمكان توافر التصسف كلما اتعرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أحل بواجب الحيلة والقطة المادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطأ في المعنى الفنى الدقيق • وبذلك يوجد التصسف ولو لم يتوافر له مخرجات الخطأ • فلا يعنى إذن عن صاحب الحق شيئا ما قد يشغله في استعمال حقه من حيلة وتبصر وقطة تنفى عنه الخطأ اذا كان بهذا الاستعمال يناقض غاية الحق • وعلى حدى ذلك ، يتوافر لفكرة « التصسف »



أساس ووجود مستقل عن فكرة « الخطأ » وبمعزل عنها ، فبينما يعني « التعسف » تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، يعني « الخطأ » الانحراف عن السلوك المألوف (١) . والقول باعتبار التعسف تطبيقاً من تطبيقات الخطأ ، يتجاهل ما تلحق من غاية يجب الاعتداد بها في وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف — فيما يولده من مسئولية صاحب الحق — إنما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغمًا عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلاً (٢) . والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى كذلك مع تمييز أصحابه (٣) في نفس الوقت بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » ، إذ ما فائدة مثل هذا التمييز إذا كانت نهاية اللطاف هي تسوية صورة « التعسف » بصورة « المجاوزة » في التوافر على معنى الخطأ ؟ . والا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسئولية الناشئة عنهما إلى مصدرين مختلفين ؟

(٣) مذهب اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ : حاول جانب من الفقه (٤) تأصيل التعسف على نحو أقل استهدافاً للنقد من التأصيل السابق ولكن دون الخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية ، فاعتبروا التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذا طبيعة خاصة (*sui generis*) يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ المادى التقليدى ، إذ هو خطأ يرتفع بروح الحق وغايته الاجتماعية (٥) ، وهو ما يخرج به من مدلول الخطأ المادى ويثير

(١) Notre thèse précitée, pp. 188, 187.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 187, 186.

(٣) انظر بنماة :

Méroux, op. cit., t. I, Nos. 580, 581.

(٤) انظر بنماة :

Olivier-Bru et Merle, La faute, le risque et l'abus du droit, Annales des Facultés de droit et des lettres d'Alger, 1968, t. II, pp. 68 et s. — Demogue, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 978, 986. — Jourdain, op. cit., Nos. 389 - 392, 393.

Jourdain, op. cit., No. 391, pp. 392, 393; No. 396, pp. 402, 403.

مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردى كالمسألة التقليدية<sup>(١)</sup> ، فهو اذن خطأ خاص أو « خطأ اجتماعي » (faute sociale) يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية .

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التمسف بالخطأ العادى ، اذ يؤصل التمسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بقاية الحق ، ولكن عيبه الأساسى ينحصر فى توقفه فى منتصف الطريق وقوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التى يقود اليها منطق مقدمته . ذلك أنه اذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدى قاصرة فى نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التمسف ، لارتباط هذه الفكرة الأخيرة بقاية الحق التى يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الخطأ العادى ، فلا يوجد أى معنى للتشبث بفكرة الخطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التمسف . وليس من فائدة تمود من القول بازدواج الخطأ على هذا النحو فى نطاق نفس المسئولية . فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الخطأ والمخرج من دائرة المسئولية التصديرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتمسف<sup>(٢)</sup> .

#### ٣٩٠ - ارتباط التمسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عمالة خارج دائرة المسئولية التصديرية

ينبغى ، للوصول الى تاصيل صحيح لفكرة التمسف فى استعمال الحق وتحديد سليم للموضع الطبيعى لنظرية التمسف ، اطراح الظروف التى صاحبت فى القانون الحديث ظهور فكرة التمسف ، وفرضت نفسها من قبل أى فصل تشريعى على الفقه والقضاء لاعطاء التمسف تاصيل الخطأ واستقلاله داخل المسئولية التصديرية .

(١) Ollivier et Martin, article précité, p. 188.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 126 - 128.

ذلك أن اطراح النزعة الفردية بما كانت تستقيمه من مبدأ حضانة صاحب الحق في استعمال حقه ، اضطرت الفقه والقضاء أمام خلو التشريع في أول الأمر من نص يقرر كمبدأ عام مسالة أصحاب الحقوق عن انحرافهم عن استعمالها - إلى التماس أساس مقبول ومسلم من صلب نصوص التشريع القائمة لفرض رقابة على استعمال الحقوق - ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب في هذا الشأن من الاستناد إلى النصوص المقررة للمسئولية التقصيرية ، واعتبار التصف ضرباً من الخطأ العادى - سواء بالنظر إلى التصف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه - أو نوعاً خاصاً من الخطأ قائماً بذاته - وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ إلى الخطأ لتبرير تعقب التصف في استعمال الحق ومنه إلا مجرد تبرير مرحل - يحجب التورة على الأصول القانونية التقليدية في غيبة النص التشريعى على مبدأ عدم التصف - أما وقد دخلت القانون الحديث التزم نصوصاً تفريعية تملن هذا المبدأ بما يجعل منه أصلاً من الأصول القانونية المقررة ، فقد أصبح من الواجب تخطى هذه المرحلة وإمان النظر في جوهر فكرة التصف وحقيقتها .

والواقع أن فكرة التصف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثل من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لقاية معينة ، إذ بذلك ترتب حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترفع بالانحراف عنها - ذلك أن الحقوق - بما تخول من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض ، وبما تؤدى إليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض - لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معينة - وهو ما يوحى بها - بوصفها تمثل قيمة اجتماعية يحميها القانون - بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها - وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة - وهو ما يقتضى إخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التصف فيه بالخروج به عن غاياتها - ولذلك فإن « التصف » يتوافر إذا انصرف

صاحب الحق في استعماله عن غايته ، حتى ولو لم يكن قد أحل بواجب الحيلة واليقظة السادة ذلك الإخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الدقيق ، وهو ما يخص بين « التصف » و « الخطأ » ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التصيرية ليستوى مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق .

ولذلك تبدو فكرة التصف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هي في حقيقتها وذن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر إليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها . بل ان فكرة التصف تصبح في الواقع هي التصحيح أو التوفيم اللازم لفكرة الحق . فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق ، تبدو فكرة الحق - بما تعنيه من امتياز واستثمار - أهلا لما تعرضت له من انكار<sup>(١)</sup> . وبفضل فكرة التصف ، نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية في النظام القانوني ، دون حاجة الى الثائها أو تحويلها - كما يقترح البعض - الى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية خالصة<sup>(٢)</sup> .

ومن ناحية أخرى ، فالمشكلة التي تثيرها فكرة « التصف » مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية<sup>(٣)</sup> لا يتصور التماس حلها الا على ضوء حقيقة الحق وجوهره وبالتالي في ظل نظريته العامة وحدها . ذلك ان حل مشكلة التصف يقتضي الاختيار أولا بين الإطلاق أو النسبية في استعمال الحقوق . ثم يقتضي - اذا وقع الاختيار على النسبية - تحديد مداها ومدى رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل إطار المسؤولية التصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها . بل يرتفع ذلك بفكرة الحق ودوره أو

(١) Saleilles, De la personnalité juridique, 2e. éd. 1902, p. 541. (٢)

Notre thèse précitée, p. 284. (٣)

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٢٠ .

(٤) في هذا المعنى :

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e. éd. 1949, No. 34.

وطيفته ، وبفكرة العدل ومدلوله ، وبالنظر الى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين ، وكل هذه مسائل تخرج - كما هو ظاهر - عن نطاق المسؤولية (١) .

وإذا حست مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم أن تتور بعد ذلك دائما مشكلة المسؤولية . فقد يحرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفي ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا ويتفادى بالتالي قيام مشكلة المسؤولية . ففكرة التعسف إذن تجاوز فكرة المسؤولية في اقتصرها على رفع الضرر الواقع أو التصويض عنه ، فتحقق كذلك فكرة التوقي من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالا تعسفيا (٢) . فكتيرا ما يحتاج صاحب الحق الى الالتجاء الى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين ، وهنا لا يكفي لاجابة طلبه أن يتأكد القاضى من وجود الحق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف . وفى حالة التعسف ، يكتفى برفض طلب صاحب الحق ، وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفى أصلا ، فلا تتور حينئذ مشكلة مسئولية بل يمنع ذلك فى الواقع قيامها من بعد (٣) .

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف فى استعمال الحق بدور وقائى (٤)

(١) Notre thèse précitée, pp. 226, 228.

(٢) فى هذا المعنى :

Ripert, *ibid.* — Dahbi, *op. cit.*, p. 208. — Notre thèse précitée, pp. 226 - 240.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 237 et s.

(٤) من الأمثلة فى القانون المصرى على هذا الدور الوقائى ما سبقت الإشارة اليه من أن قانون حماية حق المؤلف رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ يملك استعمال المؤلف ما يحوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه يرغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المانى على موافقة المحكمة ( انظر سابقا ، ص ٤٧٧ ) مما يجعل للقضاء رقابة مبتدئة على استعمال عاتق السلطتين يملك بمقتضاها - عند تغلب المبرر للمدعى وتبين التعسف من جانب المؤلف - ونفى الإعلان له فى الإقدام على مثل هذا الاستعمال . وكذلك فإن ما يعنى عليه التقييد المعنى من أنه =

ودور علاجي على السواء ، بما تفرض على استعمال الحق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال - وفي ذلك ما يبرر - بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحر اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسؤولية من دور علاجي فحسب - استقلال فكرة التصف بكيان ذاتي خارج نطاق المسؤولية التصيرية .

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التصف فكرة ملازمة وممكنة لفكرة الحق ، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية ، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية ، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق .

وكثير من القوانين الحديثة التي تأخذ صراحة بنظرية عامة للتصف في استعمال الحق - كالتقنين المدني السويسري والتقنين المدني السوفييتي<sup>(١)</sup> والتقنين المدني المصري<sup>(٢)</sup> - يؤيد هذا النظر من اعتبار هذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيان ذاتي لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسؤولية . وهذا ظاهر من حرصها على وضع هذه النظرية بين نصوصها التمهيدية

---

= إذا كان في التنفيذ المبني إرهاب للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض مبدئي . : كل ذلك ، لا يلحق بالمدان ضرراً جسيماً ( م ٢/٣٠٢ مدني ) . يعني أنه إذا تصف المدان في القضاء ما له من حق في التنفيذ المبني لتبر مصلحة جديده ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النهائي . ( انظر في ذلك : اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ ) .

(١) انظر في نصوص هذين التقنينين : كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٢) انظر في تأكيد الفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لهذا التقنين استقلال نظرية التصف عن النظرية العامة للمسؤولية التصيرية : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ، ص ٢٠٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و ٣٥١ .

ولكن أنظر عكس ذلك: عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٧ و ٥٦٤ . - جميل الشرفاوي : ص ٢٤٦ . - عبد الحميد البوروي ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨١٦ . - عبد المم جرج الصفة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرة ٤٢٨ .

لا ضمن النصوص الخاصة بالمسئولية التصيرية<sup>(١)</sup> .

## البحث الثاني

### معايير التصف وضوابطه

#### ٣٩٩ - أصول ووسائل تحديد معيار التصف.

يثير تحديد معيار التصف مشكلتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بالأصول التي تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التي تعبر عن هذه الأصول وتحققها .

(١) أصول تحديد معيار التصف : تتعين الأصول التي تحكم تحديد معيار التصف على ضوء تأصيل التصف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء نظرية التصف ووظيفتها من ناحية ثانية . وقد رأينا أن تأصيل التصف يقوم أساسا على الربط بين فكرة التصف وبين فكرة الحق ، باعتبار مشكلة التصف في حقيقتها مشكلة تحديد مدى استكمال الحق . وفي هذا الصدد تبدو أهمية دور نظرية التصف ووظيفتها في تحديد معياره .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى قصر دور نظرية التصف على مجرد دور أخلاقي تشجيع به الروح الأخلاقية السامية في استعمال الحقوق<sup>(٢)</sup> ، وهو ما تأدى بهم إلى التضيق في مدلول التصف إلى حد حصر معياره في نسبة

---

(١) ولعمري إن جمهور الفقه الفرنسي ما زال يستمسك - مؤيدا في ذلك القضاء - باعتباره «للتصف تطبيقا عديدا أو خاصا لفكرة العتلا ويستبقى بذلك نظرية التصف في استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التصيرية . وإن ذلك أمر مفهوم في غيبة النص التشريعي في القانون الفرنسي على نظرية عامة للتصف ، إلا أن ثم اتجاها بدأ يقوى أخيرا في محيط هذا الفقه داعيا إلى إخراج نظرية التصف من دائرة المسئولية باعتبارها مبدءا من مبادئ العامة للقانون في شأن تحديد مدى استكمال الحقوق ، وانتهت لجنة تنقيح النظم المدني الفرنسي الحال إلى تبني هذا الاتجاه ( انظر كتابنا سابق الذكر ، علمي «٢» ص ١٠٨٧ ، وعلمني «٢» ص ١٠٠٦ ) .

(٢) انظر في هذا الاتجاه بصفة :

Baleffes, Rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La Société d'Études Législatives, 1906, pp. 326 et s. V. pp. 381 et s. — Bonnacase, op. cit., t. III, Nos. 326, 329, 337. — Ripert, La règle morale, Nos. 88, 94, 102. — Dabin, op. cit., pp. 296 - 300.

( م ٢٩ - المختل إلى القانون )

الاضرار عند صاحب الحق دون تقع ظاهر يعود عليه ، أو - عند تخلف هذه  
التيه - في علم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر (١) . ولكن اعتبار  
دور نظرية التمسف في استعمال الحق على هذا النحو دورا اخلاقيا ، يهدد  
بطمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم اختلافهما البين في الهدف  
والغاية كما سبق القول . وكذلك فالتضييق في معيار التمسف نتيجة حصر  
دور نظرية التمسف في دور أخلاقي محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية  
وأهميتها . ويطلق العنان لأصحاب الحقوق في استعمالها طالما لا يحصل هذا  
الاستعمال معنى المخالفة الأخلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق أو  
اهداء صالح الجماعة (٢) .

والواقع أن الدور الصحيح لنظرية التمسف في استعمال الحق ينبغي  
تحديده على ضوء ما سبق ذكره من أن الحقوق ليست غاية في ذاتها وإنما هي  
مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة ، بحيث يكون من الطبيعي وجوب التزام  
الاستعمال الواقعي للحقوق بحدود غاياتها . وبذلك تبدو فكرة التمسف  
مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بأصول الأخلاق ، فيتحدد دور نظرية التمسف  
بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الأخلاقي للحق ، ويكون  
ما تعلقه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية أخلاقية . وفي  
ضوء اعتبار نظرية التمسف نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته على  
هذا النحو ، يتحدد معيار التمسف تحديدا طبيعيا بالانحراف عن غاية  
الحق (٣) . وهذا التحديد بعد ، يحظى بتأييد تشريعي (٤) وفقهي (٥) كبير في

Dubin, op. cit., p. 303. (١)

(٢) أنظر في هذا الاتجاه بخاصة :

Notre thèse précitée, pp. 224-227.

(٣) أنظر في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 222 - 225; 229 - 241; 278 - 280.

(٤) أنظر خاصة نص المظن المونيسي في مادته الأولى على أن « الحقوق المدنية يحرمها القانون إلا في الحالات التي تستلزم على نحو يخالف غرضها الاقتصادي والاجتماعي » ونص المادة ١٧٤ من قانون الموجبات والفوائد اللبناني على أنه « يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بجسده في أثناء استعمال حقه... » الفرض الذي من أجله منح هذا الحق .

(٥) أنظر ، بخاصة ، في تأييد هذا المعيار - سواء مع القول - بهذا التمسف داخل دائرة =



## القانون الحديث اليوم (١) \*

(٢) وسائل تحديد معيار التصف : اذا تمينت الأصول التي تحكم تحديد معيار التصف ، فيجب البحث عن الوسائل والافوات الفنية التي تمكن من التعبير عن هذه الأصول وصياغتها . ونجد في هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الاولى تكتفى بوضع مبدأ عام كل المصوم يعبر عن المعيار المختار للتصف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ، والثانية تعدد الصور المختلفة المبررة عن الأصول المستهدفة دون إبراز المبدأ العام الذي يحكمها .

واذا كان ينبغي التفضيل بين الوسيلتين في مجال التشريع ، فلا نتردد في تفضيل الوسيلة الأولى . ففضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعي فهي تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطور ، على خلاف الوسيلة الثانية التي تنحصر معيار التصف في صور محددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعدم احاطتها بكل ما قد يظهره تقدم الزمان وتطور الأوضاع والملاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التصف في استعمال الحقوق .

واذا كنا قد حددنا - على ضوء ما ارتضيته من أصول - معيار التصف في استعمال الحق بالانحراف عن غايته ، فنفضل - لا اوضحنا من اسباب -

= المستقلة التصرية أو خروجها منها :

Perrechet, thèse précitée, pp. 282, 284. — Demogue, op. cit., t. IV, Nos. 678, 681. — Jousseand, op. cit., Nos. 291 et s.

(١) اذا كان بعض الفقهاء ما يزالون يصرحون من معيار التصف في استعمال الحق على هذا النحو توتيا - كما يقولون - من تحكم الفعسلة او من انزاله فيما وراء القانون الى ميدان السياسة وصو ميدان غير مأمون الرقاب ، فلا نرى رغم ذلك ميروا لهذا النكسوف ( انظر Notre thèse précitée, p. 282 ) لانفسه طالما خرج من إذن الامور حيث انه لا يصح دون تحكم او انحراف . فضلا عن أن الفاني - في توليه تحديد غاية الحقوق - لا يجمع انراء الشخصية ومستقلاته السياسية ، وانما يستلهم روح القانون ومبادئ العلة والقيادات السادة في الجماعة ، مما يحصل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعة شخصية نسبية متغيرة . وأخيرا ففي وجود محكمة النقض من فوقه كذلك ، وهي الرقبة على صحة تطبيق القانون بما يكفل وحدة هذا التطبيق ، غير ضامن لالتزام الفعسلة والاعتدال وتوفي التحكم والانحراف في التعبير ( انظر كتابنا سابق الذكر ، ص ١١١٠ ) .

الاكتفاء في التشريع بوضع مبدأ عام يقضى بتحريم الانحراف عن غاية الحق في استعماله<sup>(١)</sup> وتجريد الحق من حماية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تعديل أو تعديد صور هذا الانحراف التي تبقى حتما صورا ناقصة غير ملائمة للتطور . وهذا المسلك الذي نفضله ، هو بعد المسلك الذي تسير عليه اليوم كثير من القوانين الحديثة التي تصدت لتقنين نظرية التصف في استعمال الحق ، كالقانون السوفييتي والقانون اللبناني خاصة<sup>(٢)</sup> .

### ٣٩٢ - أخذ المشرع المصري بمجموعة من معايير التصف وضوابطه

سلك المشرع المصري الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التصف في استعمال الحق ، فجرى على تعديد الصور المختلفة للتصف دون ابراز الأصل الذي يجمعها . اذ نص في المادة الخامسة من التقنين المدني الحالي على انه « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : ( أ ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . ( ب ) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر يسببها . ( ج ) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » . ولكن ينبغي أن نضيف الى هذه المعايير الثلاثة معيارا رابعا هو معيار « الضرر الفاحش » المنصوص عليه في صدد حق الملكية ( م ٨٠٧ مدني ) وهو موطن تطبيقه الرئيسي . فنعرض لهذه المعايير المختلفة فيما يلي ، ثم ننظر من بعد في تقدير مسلك المشرع المصري .

---

(١) وينبغي الاكتفاء في ذلك بالإشارة الى غاية الحق صوما دون تعديد أو وصف لهذه الغاية ، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والفرق منها . ولذلك تفضل تجنب ما ينسب اليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها « غاية اجتماعية » (but social) حتى لا يصرف اللحن - ولو ائتمنا بظاهر هذا الاصطلاح - الى اعتبار أن الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق المصالح العام الاجتماعي وحده دون أي وزن لتحقيق المصالح الفردية ( انظر في تفصيل ذلك : Notre thèse précédente, p. 282 . - كتابنا سابق الذكر ، عيشة ٢٢ ، ص ١١١٢ - ١١١٣ ) .

(٢) انظر في معيار التصف في القانون اللبناني : كتابنا الممثل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، ١٩٦٧ ، فقرة ٣٦٢ ، ص ٩٠٧ - ٩١١ .

### ٣٩٣ - تمحضى قصد الاضرار بالغير

لعل هذا الميار هو أقدم معايير التصسف وأكثرها شيوعا فى الشرائع المختلفة ، لكثرة نسخي الأفراد حقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مأرب شخصية فى النكابة والاضرار بالغير . وهذا الميار ذاتى قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق (١) . وإذا توافر التصسف بهذا المعنى ، فلا ينفى ما قد يحققه استعمال الحق من منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلا (٢) . فيتصسف إذن فى استعمال حقه المالك الذى يفرس أشجارا عالية كثيفة فى أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع (٣) ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا فى ذاته بل جاء تحقيقه عارضا بحتا إذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

وإذا كان اثبات تمحضى قصد الاضرار بالغير أمرا عسيرا ، فإن القضاء كثيرا ما يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه ، معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمحضى قصد الاضرار عنده (٤) . فالمالك الذى يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره يعتبر بذلك متمحضا للقصد للاضرار بهذا الجار إذا لم

(١) Notre thèse précitée, p. 204.

كتابا سالف الذكر من ١١١٧ و ١١١٨ .

ولكن انظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ - أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام .

ج ١ ، ١٩٥٥ ، ص ٤٤١ - اسماعيل خانم ، ص ١٦٢ .

(٢) فى هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتطبيق المعنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للتعاون

المعنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ .

(٤) فى هذا المعنى :

Memoire, op. cit. t. I, No. 588.

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للتعاون المعنى .

الموضع السابق .

تكن له مصلحة حقيقية في بناء مثل هذا الحائط المرتفع (١) . وكذلك الحال في شأن المالك الذي يقيم سياجا عاليا يطل به باللون الأسود لا لشيء الا لجرد اطلاق بناء جاره دون أى منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك (٢) . وكذلك الحال في شأن صاحب العمل الذي يقدم على فصل العامل لجرد الانتقام منه ، لانه طالب بالمقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل ، أو لانه قام بالشهادة ضد صاحب العمل .

٣٩٤ - انطلم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحق بالغير

لا يكفي ان تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تقتضى عنه شسبة التصسف ، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه المصلحة في الصور التي لا يكون قصد صاحب الحق متممضا للاضرار بالغير . ولكن ينبغي ان تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق . أما اذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذي يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا ، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق .

وواضح ان هذا المعيار موضوعى لا شخصى كالمعيار السابق ، قوامه التفاتلوق الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملايسات الخاصة بكل حالة . والواقع انه كثيرا - وان لم يكن دائما - ما يكون في وجود مثل هذا التفاوت الجسميم قرينة على قصد الاضرار بالغير (٣) دون أن يتممضى القصد من

---

(١) في هذا المعنى :

Appel mixte : 17 Avril 1919. B. 13, 288 ; 12 Déc. 1904. Cassation, B. 85, 120 ; 12 Nov. 1900. B. 48, 27.

مر الكلية ٣١ مايو ١٩٢٧ ، المجلد ١٨/٢١/٧٤ -

Tr. civ. Sedan 17 Déc. 1901. B. 1904. 2, 217, Note Appart. (٢)

(٣) في هذا المعنى :

الفكرة الاقتصادية للضرورة التمهيدية لتطبيق المعنى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون

الذي ، ج ١ ، ص ٢٦٠

استعمال الحق لذلك .

وقد طبق المشرع المصري هذا المعيار في صور كثيرة . ومن ذلك نصه على أنه : ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي ، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ، ( م ٢/٨١٨ مدني ) . ذلك أن الحائط الفاصل ما دام مملوكاً ملكية خالصة لأحد الجارين ، فلذلك سلطة همه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعاً أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من همه وبين الضرر الذي يلحق الجار نتيجة ذلك . وهذا التناسب يقوم إذا وجد لدى المالك باعث قوي يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازي على الأقل مع الضرر المائد على الغير . أما إذا لم يوجد باعث على الهدم ، أو وجد باعث ولكنه ليس قوياً بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على التمسك في استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستاهل حماية القانون أمام ما يصيب الجار في مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيار ما يقضي به من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا لم يبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » ( م ١٠٢٩ مدني ) .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحق - من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه - الطريقة الأكثر اضراراً بالغير دون نفع ذي قيمة كبيرة له (١) . وذلك كمالك يقيم مدخنة في مكان معين من بيانه بحيث تضر بالجوار ، وكان يمكنه - دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو - تجنب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه بإقامتها في مكان آخر من البناء (٢) .

---

(١) يبرر القضاء الفرنسي كذلك على تخير هذه الصورة من صور التمسك في استعمال الحق ، انظر بعلامة :

Trib. civ. Drenhain, 17 mai 1900. D. P. 1911, 2, 1903. — Req. 30 Mars 1900, S. 1900, 1, 46. — Paris 28 octobre 1902. Gaz. Pal. 1903, 2, 460.

Appel mixte, 26 novembre 1903, S. 6, 6, (٢)

### ٣٩٥ - علم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفي أن تكون المصلحة التي يزعم صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة . ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون .

وبناء على هذا المعيار ، يعتبر متسلفا في استعمال حقه : المالك الذي يطالب بإخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته إلى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون وإخفاقه في ذلك (١) . والمالك الذي يمتنع عن الترخيص بالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد ، دون سبب مشروع (٢) أو بقصد الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة . وصاحب العمل الذي يفصل العامل بسبب مذهبه السياسي ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثير فيه (٣) ، أو بسبب انضمامه أو عدم انضمامه إلى نقابة معينة (٤) ، أو بسبب نشاطه النقابي للمشروع (٥) .

وواضح أن هذا المعيار مميّز موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة

(١) Trib. paix Vanves, 24 Août 1900, (Souscription), Répertoire  
Commune, 1900. I, p. 300.

(٢) انظر في الإشارة إلى أحكام القضاء الفرنسي في هذا المعنى :  
Journé, op. cit., pp. 300, 400.

وانظر كذلك في هذا المعنى في القانون المصري :

مصور مصطفى منصور ، العقود المسماة ( البيع والقبضة والإيجار ) ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ،  
طبعة ٢٢٧ ، ص ٥٧٢ .

(٣) القامرة الإيجائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ ، مدونة التكميلي المدونة ١٩٦٠ ، رقم ٢٠٨ ،  
ص ٤٢٦ .

(٤) القامرة الإيجائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ ، مدونة التكميلي ، ص ٢/١ ، رقم ٣١٢ ، ص ٢٧٦ .

(٥) الجيزة الإيجائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢ ، ص ٣٦٢ .

في رقابة استعمال الحقوق ، ولعل صفته الموضوعية هي التي تجعله مفضلاً لدى بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> على معيار آخر شخصي يشجع الاتجاه إليه في الفقه والقضاء الفرنسي<sup>(٢)</sup> هو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع motif illégitime خاصة . ومع ذلك ، فينبغي أن يراعى أن المعيارين مرتبطان أشد الارتباط ، بل هما في الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، إذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة إلا التعبير الموضوعي عن المعيار الشخصي أو النفسي وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع<sup>(٣)</sup> ، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف إذن إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والواقع أن هذين الوجهين إنما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته . فللتحقق من هذه الموافقة ، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التي وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يبنى كل تباعد بينهما الانحراف في استعمال الحق ، ويستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف إلى الدوافع غير المشروعة أو إلى المصالح غير المشروعة<sup>(٤)</sup> .

(١) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ،قرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٢) أنظر في ذلك بغضاً :

Jourdain, op. cit., No. 298 et s.

(٣) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، الوضع السابق .

Notre thèse précédente, p. 172.

Notre thèse précédente, ibid. (٤)

وإذا كان بعض الفقهاء ( عبد الرزاق السنهوري - الوضع السابق ) يرى أن معيار المصلحة غير المشروعة « أدق من معيار الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية التطبيق - وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو في الواقع إنما يصل بين شيئين متلازمين ، ويجعل متكاملاً معيار واحد يحدد كل منهما الآخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على أحدهما والاستغناء عن الآخر . ولذلك يقوم تقي صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستبعاد أساساً بعدم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال . وهذا ما بصرت به الفكرة الأصلية للمشروع التمهيدى للفقهاء المعنى بقولها إن معيار المصلحة المشروعة إذا كان « مادياً في ظاهره . إلا أن التية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لتقي صفة المشروعية عن المصلحة » ( مشروعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٠٩ و ٢١٠ ) .

### ٣٩٦ - الضرر الفاحش

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يضيف الى المعايير الثلاثة المتقدمة للتعسف معيارا آخر هو معيار « الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » . واذا كان هذا المعيار قد حذف فلم يظهر فى نص المادة الخامسة من التقنين المتضمنة لمعايير التعسف ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره - بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » - معيارا للتعسف فى استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له فى حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى . ذلك أن المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى تقضى بأنه « ١ - على المالك ألا يضلّو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها . وانما له أن يطلب إزالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموضع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق ولمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك أن الشريعة الاسلامية - وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتمادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف - تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف (١) ، وإن القضاء المصرى قد جرى كذلك على الأخذ بهذا النظر من التكيف فى ظل التقنين المدنى القديم (٢) . وليس فى الأعمال التحضيرية

---

(١) راجع فى ذلك :

Fatwy, thibon prédictée, Nos. 285, 286.

السيد مصطفى السيد ، الرسالة السابعة ، ص ٣٦ - ٣٨ و ٤١ .

أنظر كذلك م ١١٦٨ وما بعدها من « المجلة » والواد ٥٧ و ٥٩ - ٦٢ من كتاب مرشد المحقق .

(٢) أنظر بغضه :

Appel mhrts. 17 Avril 1946, B. 37. 125.



للتقنين المدني الحالي ما يوضح عن رغبة المشرع المصري في العدول عن هذا التكييف التقليدي المستقر .

وبالإضافة الى ذلك ، فإن الالتجاء الى فكرة التصف هنئاً كتبرير لمسئولية المالك في أحوال المضار غير المتعادلة للجوار يفنى عن التبريرات الأخرى التي تقدم في هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة : كاقامة المسئولية على أساس خطأ المالك (١) ، أو على أساس مجاوزته حقه وخروجه عن نطاقه (٢) .

والواقع أنه - في تأسيس مسئولية المالك عن الأضرار التي يسببها لجيرانه - يجب عدم اغفال أن هذه الأضرار إنما تتحقق نتيجة أفعال مشروعة في ذاتها هي المكونة لاستعمال حق الملكية ، فارتباط هذه المسئولية اذن بفكرة الحق ومدى مشروعية استعماله أمر ظاهر . وواضح أن المالك الذي يستعمل حقه استعمالاً يؤدي الى تحميل جيرانه أضراراً تجاوز الحد المألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، إنما يخل - لحساب الصالح الفردي - بالتوازن الواجب بينه وبين الصالح الجماعي (٣) وينحرف بالحق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض أضرار جسيمة فاحشة على الغير ، مما يصير معه استعماله تصفياً غير مشروع لا يستأهل حماية القانون .

وإذا كانت صورة مضار الجوار غير المألوفة في صدد استعمال حق الملكية (٤) هي أظهر صور معيار الضرر الفاحش ، ولذلك كانت عناية

---

(١) Mamead, op. cit. t. I, Nos. 620, 621.

(٢) انظر كذلك في تفصيل نظرية الرأى القائل بانحصر مسئولية المالك من الأضرار سبباً المألوفة مقلدة على أساس مجاوزة الحق لا على أساس التصف في استعمال الحق : كتابنا أحكام حق الملكية ، طبع ١٤٠٥ هـ ، ص ٢٢٢ - ٢٢٤ .

Notre thèse précitée, p. 204. (٣)

(٤) يراعى أن هذه الصورة تعرض كذلك في صدد استعمال الثمر من له حق فيه كالقنصل أو المستأجر ( في هذا المعنى : شفيق شحاته ، حاشى ١٥ ص ٨٦ - اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، حاشى ٢٥ ، ص ١٠٤ ) .

والمرجع المصري بالنص عليها صراحة في المادة ٨٠٧ مدني ، فيجب أن لا ينفي ذلك إمكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية (١) .

وعلى أي حال ، فصورة مضار الجوار غير المألوفة تعتبر عن معيار مرئ كل المرونة يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضي من الاعتداد بالظروف والملايسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته (٢) ما قضى به من مسئولية الحكومة بالتعويض عما أصاب السكان وأملأهم من أضرار نتيجة انشائها محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أقلقت ادارتها راحة السكان في حي مخصص للسكنى (٣) ، ومن مسئولية إحدى شركات الفنادق عن الأضرار التي تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام في ملحق فندق تملكه (٤) .

#### ٢٩٧ - تقدير مسلك الشرع المصري

تأثر الشرع المصري في صياغة معايير التصف بالمصادر الأساسية التي استقى منها نظرية التصف في استعمال الحق ، وهي فقه الشريعة الإسلامية من ناحية ، وأحكام القضاء المصري في الأخذ بهذه النظرية في ظل التقنين المدني القديم من ناحية أخرى ، فجري مثلها على تعدد صور مختلفة للتصف (٥) . ولكن كان خليقا به ، وهو يستقر على الأخذ بهذه النظرية

(١) فستطيع أن تعتبر التماثل الذي يصر على التمسك بوجوب تنفيذ القيد بشروطه الإحدى الحديثة فيه ، رغم أن هذا التنفيذ قد صار - نتيجة طرود حوادث استثنائية علمه لم يكن في الواسع توقفا وقت التماثل - مرهقا للتماثل الآخر بحيث يهدد بمسافة فاحشة ، متصد في استعمال حق ، وإن ترد هذا التصف إلى فكرة القيد الفلحي . وبذلك تستوي نظرية الطرود الثلاثة التي أقرها الشرع المصري صراحة في المحاكم المدنية ( م ٢/١٤٩ مدني ) على أساس سليم ( أنظر : ٢٤٥ - ٢٤٦ Notre thèse précédente , pp. ٢٤٥ - ٢٤٦ ) .

ص ١١٢٠ - ١١٢١ ) .  
(٢) أنظر في تفصيل هذه التطبيقات : كتابنا لحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٩٩ .  
ص ٣٢٥ - ٣٣٠ .

(٣) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المحلطة ٢١/٢٧٦/ ٨٩١ .

(٤) Le Centre (Inde), 5 mai 1914, Gazette, 4. 206. 482 .

(٥) أنظر ، كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٢١ و ١١٢٢ .

ويعد الى تقنينها ، أن يستخلص المبدأ أو الميار العام الذي ترد اليه مختلف صور التعسف ومعايره في أحكام الفقه الاسلامي وأحكام القضاء المصري ، خاصة وأن جهود الفقه الحديث قد مهتت أمامه السبيل لتأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التي تحكم مختلف صورته ، وأن التقنيات الحديثة التي سبقته في تقنين هذه النظرية قد نحا أغلبها نحو وضع مبدأ عام يحكم ميار التعسف دون تحديد أو تعديد صورته ، وأن طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع وأحكام القضاء فهي أقل مناسبة في صياغة التشريع كما سبق البيان .

ويبقى بعد ذلك أن مسلك المشرع المصري من تعديد معايير مختلفة للتعسف مملك منتقد من ناحية أخرى . ذلك أن هذا المسلك لا يخرج عن أحد أمرين : إما أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف في استعمال الحق بالجسود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم في الجماعة . وإما أن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الأفضل حينئذ إعطاء القاضي المبدأ العام الذي يحكم توجيه كل هذه المعايير والصورة (١) . وإذا كان جمهور الفقه المصري (٢) يقطع بوردود هذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضي من الأخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من جانبنا أن المشرع المصري لم يرد تقييد القاضي تقييدا جازما بهذه المعايير وحدها (٣) . فهو قد وضع في المادة الرابعة من التقنين المدني المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحق بمشروعية استعماله له بحيث ترتفع مسئوليته اذا كان استعمال الحق مشروعاً وتصحق اذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر في المادة الخامسة أحوالاً يبتير استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها ، وإنما - كما تقول المذكرة

---

Notre thèse précitée, pp. 277, 278. (١)

(٢) عبد الرزاق السبيعي ، المرجع السابق ، ج ١ ، فترة ٥٥٩ - أحمد حبيب أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، صائد الالتزام ، فترة ٥٥٤ - اسماعيل عام ، الخيرية العامة للحق ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ - عبد القم فرج المصطفى ، المرجع السابق ، فترة ٤٤٩ .

Notre thèse précitée, Ibid. (٣)

الإيضاحية - لكي • يهيء للقاضي عناصر نافذة للاسترشاد ، (١) •

وعلى أى حال ، فينبغي البصر بالمبدأ أو المعيار العام الموجه لكل ضوابط ومعايير التصفى التى ذكرها المشرع المصرى • وهى لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها (٢) • اذ لا يتصور أن تكون الحقوق - وهى تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون - معطاة كوسيلة لمجرد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب أولى ، أو لتحصيل الغير بأضرار فاحشة • وفكرة الفاية هذه هى التى ارضيناها من قبل أصلا يحكم استعمال الحق ويحدد معيار التصفى فيه (٣) ، فى ضوء ما بيناه من اتصال التصفى أساسا بفكرة الحق وكون الحق وسيلة لفاية دون أن يكون غاية فى ذاته •

### البحث الثالث

#### محل التصفى

٣٩٨ - تمهيد

إذا تحدد التصفى من حيث التأصيل والمعيار على النحو السابق تفصيله ، فيبقى تحديد نطاق نظرية التصفى فى استعمال الحق وهو ما يقتضى تحديد المحل الذى يرد عليه التصفى • وفى شأن هذا المحل ، نجد

(١) مسودة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ •

(٢) Notre thèse précitée, pp. 278, 279.

(٣) لم يعد ثم محل فى القانون المصرى للتخوف من اعتبار « الانحراف عن غاية الحق » موجبا علما لكل معايير التصفى وصورة المختلفة ، أمام أخذ المشرع المصرى صراحة بمعيار « المصلحة غير المشروعة » وهو منوط كما رأينا بتحديد غاية الحق ودواعى استعماله ، مما يجعله فى الواقع خاضعا فى جانب منه للاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية المختلفة التى يرفض بعض الفقهاء ( عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ ) معيار « غاية الحق » من أجل توقي الدخول فيها • بل ولعل معيار « المصلحة غير المشروعة » أن يكون فى الصلة هو أظهر تمثيل وتجسيد للمعيار العام الموجه وهو معيار « الانحراف عن غاية الحق » • ( انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٤ ) •

اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هذه النظرية ببسط محل  
التصف الى الحريات أو الرخص العامة كالحقوق سواء يسوء ، والثاني الى  
التضييق باستبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفني الدقيق من ورود التصف  
عليها مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقديرية . والواقع أن ارتباط فكرة التصف  
بفكرة الحق وغايته - على النحو السالف بيانه - يكشف عن التضخم المصطنع  
الذي يدخله الاتجاه الأول على فكرة التصف ونظريته ، وأن عدم التخلص  
الى اليوم نهائيا من سيطرة النزعة الفردية وما ولدته في الأذهان من حسنة  
مطلقة لأصحاب الحقوق في استعمالها يكمن وراء الاتجاه الثاني في استبقاء  
بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال . فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد  
محل التصف على ضوء ذلك .

#### ٣٩٩ - التصف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو

##### الرخص العامة

سبق أن أشرنا الى أن الخلط قديم في الفقه بين الحقوق بالمعنى الدقيق  
وبين الحريات أو الرخص العامة . وكان طبيعيا أن يمتد هذا الخلط الى نظرية  
التصف في استعمال الحق ويجد فيها مرتعا خصيبا يرضى رغبة أنصارها  
والمدافعين عنها ، في الأقل أول ظهورها ، في إبرازها وتضخيم أهميتها  
بتوسيع نطاق تطبيقها على هذا النحو الذي لا يقتصر على الحقوق بالمعنى  
الصحيح فحسب ، بل ينبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة ويتناول  
حتى كل فعل مشروع مباح في الأصل أيا كان ، بحيث كادت هذه النظرية  
تقتحم في كتاباتهم كل نواحي القانون المدني أن لم يكن نواحي القانون  
قاطبة ، وغدا من اليسير الجارى على أقدامهم ادعاء وجود التصف وتلمسه  
دون تدقيق في حقيقته وكنه محله .

والواقع أن هذا المسلك - على خلاف ما يظن أصحابه - ليس بالذي  
يحمل كسبا لنظرية التصف في استعمال الحق أو بالذي يعين على تدعيمها  
وتقويتها ، فليست قيمة النظريات في اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو في دقة  
تحديداتها . ومن شأن هذا التضخيم المصطنع في نطاق تطبيق نظرية التصف  
- على حساب اغفال أصلها من الارتباط بفكرة الحق بوصفها التقييم والتصحيح

اللازم لها - تبيح هذه النظرية وانطباع حدودها ، وهو ما يتهددها - من فرض اتساعها واتساعها - بالجزء والضعف (١) .

فضلا عن أن توسعة نطاق نظرية التصف على هذا النحو ، إنما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحق » وفكرة « الحرية أو الرخصة الدمة » وهو خلط تزايد خاصة في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا حينما اصطنع الفلاسفة وكتاب السياسة ما سموه « حقوق الإنسان الطبيعية » الخالدة المقدسة مدرجين ضمنها عديدا من الحريات العامة التي يجب كفالتها للأفراد ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الإلهية المزعومة التي كانت سندهم حينئذ في الاستبداد والظلم . وإذا كانت نظرية « التصف في استعمال الحق » لا تمنى - كما هو ظاهر من اسمها - إلا الحقوق واستعمالها ، فهي إنما تعنى الحقوق في المعنى القانوني الدقيق فحسب ، مما يستبعد من نطاق تطبيقها تلك الحريات أو الرخص العامة التي قد تعتبر حقوقا في المعنى السياسي أو الفلسفي لا في المعنى القانوني (٢) .

والواقع أن إجراء نظرية التصف على ممارسة الحريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو إليه . ففكرة « الخطأ » في نطاق المسئولية التقصيرية كانت تتكفل دائما بحكم الانحراف في هذه الممارسة عن مقتضى سلوك المألوف ، وكان استعمال الحق غير خاضع في الأصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد إلى ظهور فكرة التصف لحكم هذا الاستعمال . ولذلك فإذا كان ينبغي في نظر البعض التسوية في الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فإن منطلق هذا النظر يقضى بمد فكرة الخطأ الأصلية إلى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التصف الحديثة إلى ممارسة الرخص والحريات العامة ، وهذا ما يفعله أنصار تسوية التصف بالخطأ التقصيري تسوية كاملة (٣) .

١. Notre thèse précédente, p. 88.

(٢) أنظر بخاصة :

Wetlau, L'Individualisme et le droit, pp. 84, 308.

(٣) أنظر ، بخاصة ، في هذا المعنى في اللغة المعاصرة :

إسماعيل لاثم ، النظرية العامة للحق ، ص ١٦٦ و ١٦٧ .

غير أنه إذا كان ينبغي - كما سبق البيان - الاعتراف لفكرة التصفى بذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجاتها من دائرة المسؤولية التصنيقية ، واعتبار فكرة التصفى هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في استعمال الحقوق بالنظر الى ما تهيئه الحقوق من تفاوت في مراكز الأفراد ، في حين تظل فكرة الخطأ هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر الى ما تمنيه هسنة الحريات من تساوى مراكز الأفراد<sup>(١)</sup> ، فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل : فنقتصر فكرة التصفى على استعمال « الحقوق » بالمعنى القانونى الدقيق ، وتظل فكرة الخطأ منبسطة - من بين ما تناولها - على ممارسة الرخص أو الحريات العامة . وهو ما يعطى أهمية بالغة - في شأن تحديد محل التصفى ونطاق نظريته - للفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما - في صدد تعريف الحق - على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستثناء والافراد تسلطاً على شيء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين ، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة . وإذا كانت تخول مكناات معينة فانما تخولها في الواقع للناس كافة دون أن تكون محل استثناء أو اختصاص حاجز لواحد دون الباقين<sup>(٢)</sup> .

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، ومن قصر أعمال نظرية التصفى على الحقوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة . فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يتضمن نصاً يحدد للإحكام المتعلقة بالتصفى في استعمال الحق بالفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، وكان المقصود من ذلك -

(١) انظر سابقاً ، ص ٤٤٠ - ٤٤١ .

(٢) انظر الموضع السابق المشار اليه في الوثائق السابق .

كما تقول المذكرة الإيضاحية (١) - بيان أن التصنف يرد على استعمال الحقوق وحدها ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التصنف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك . . . لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه . . . ولئن كان هذا النص قد حذف فلم يظهر في التقنين ، فلا ينتقص ذلك من دلالة على اتجاه المشرع المصري ، لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقها أكثر منه تشريعا .

وإذا تحدد ، على هذا النحو ، محل التصنف ونطاق نظريته باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فيكون إذن من باب التجوز البحت اجراء نظرية التصنف في استعمال الحق على حرية التعاقد بوجهيها الإيجابي والسلبي (٢) ، أو حرية التجارة ، أو حرية الرأي ، أو حرية الاجتماع أو غير ذلك من عديد الحريات أو الرخص العامة . وإذا كان من المسلم ترتيب مسئولية من يرفض التعاقد في أحوال معينة ، أو يقوم بدعاية أو منافسة غير مشروعة ، أو يقود حملة صحفية مفرضة ، فلأن هذه الأفعال تتوافر فيها شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ولا تعتبر تفسيفا في استعمال حقوق مزعومة لا وجود لها في المعنى القانوني الدقيق (٣) .

#### ٤٠٠ - التصنف يرد على استعمال كلمة الحقوق - رفض فكرة الحقوق المطلقة أو التقديرية

إذا كان التصنف لا يرد الا على استعمال الحق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة على النحو السابق بيانه ، فيبقى التساؤل عما اذا كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ملحق ص ٢٠١ .

(٢) قلن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، تجد عقد العمل المحدد المدة ( تطبيق لنظرية التصنف على رفض التعاقد ) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ص ٤ ، ج ٢ ، ص ٣٤١ وما بعدها ، نضر بخاسة ، ص ٣٨٧ وما بعدها .

(٣) Notre thèse précitée, pp. 108, 110.

كتابنا سابق الذكر ، ص ١١٢٩ - ١١٤١ .



التصنف يرد على استعمال كافة الحقوق دون تمييز لم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر .

ونجد اتجاها قويا في الفقه الفرنسى خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التصنف فى استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير اصحابها دون خضوع هذا الاستعمال - فى دوافعه واغراضه - لرقابة أو تعقيب القضاء ، وهو ما يحى اصحابها من أى حد من هذا الاستعمال ويصممهم من أية مسئولية تترتب بسببه ، وهذه هى « الحقوق المجردة أو غير المسببة » *droits abstraits ou non causés* كما يسميها البعض<sup>(١)</sup> ، أو « الحقوق التقديرية » *droits discrétionnaires* كما يسميها بعض آخر<sup>(٢)</sup> . غير أن انصار هذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هذه الطائفة من الحقوق المطلقة أو التقديرية .

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تميزنا دقيقا تفنى عن الحدود الشخصية التى تقيسها نظرية التصنف فى استعمال الحق<sup>(٣)</sup> . غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع . اذ لا يتوقف اعمال نظرية التصنف فى الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتهانها بفاية معينة ، خاصة وأن حدود الحق الموضوعية - مهما بلغت دقة تعيينها - انما ترسم مضمون الحق والتصنف انما يتعلق بفايته . هذا فضلا عن عدم صلتق هذا التبرير فى كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتصنف ، وبعض الحقوق التى يقال انها مطلقة أو تقديرية تفتقد مثل هذا التحديد الدقيق<sup>(٤)</sup> .

ويرد بعض آخر من انصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى

---

Jourdain, op. cit., No. 308. (١)

Rouast, article précité. (٢)

Jourdain, op. cit., No. 308, p. 418. (٣)

Rouast, article précité, No. 2, pp. 2 & 3. (٤)

لأن استعمالها استعمالا تحكميا يكون أمرا ضروريا أمام ما يبين على هذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستصحب على تقدير القاضي وتكون من شأن صاحب الحق وحده<sup>(١)</sup> . ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع . إذ ما دام من شأن أعمال نظرية التصنف في استعمال الحق إخضاع دوافع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهي بحسب طبيعتها دوافع شخصية ، فلا وجه إذن لحرمانه - بدعوى الصفة الشخصية الخالصة - من رقابة بعض هذه الدوافع دون بعض . فضلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة أخرى ليس من اليسر حلها ، هي مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء<sup>(٢)</sup> ، وبذلك يتمز الوصول مسبقا - في ضوء هذا التبرير - إلى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتصنف .

والواقع أنه إذا كانت ما تزال توجد في بعض القوانين والشرائع التي تقر الأخذ مبدأ عدم التصنف في استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة لا يخضع استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك إلا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة للطرفه التي كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة في استعمال حقه . وقد أكد استبقاء هذه النزعة في شأن تلك الحقوق ، أن التصنف في استعمالها لا يمثل بعد في نظر الجماعات صاحبة هذه القوانين درجة من الخطورة الكافية تحلها على التصدي لتقويمه<sup>(٣)</sup> . ولذلك كان طبيعيا ألا تتفق هذه القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقديريا مطلقا من الحقوق ، إذ يختلف الأمر بحسب نظرة كل جماعة والمثل التي تسيرها والسياسة التشريعية التي تستهدفها ومدى ارتدادها عن النزعة الفردية القديمة ومدى استثمارها خطر التصنف في استعمال هذه الحقوق . وعلى أي حال ، فالمسلم

(١) Rigori, op. cit., No. 102.

(٢) Notre thèse précédente, p. 282.

(٣) Notre thèse précédente, pp. 220, 221.

— حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية — أن هذه الحقوق في تراجع وعددها في تناقص<sup>(١)</sup> ، ومآلها المحتوم — فيما نرى — هو الانقراض في القريب مسيرة للتطور المحتوم في هذه الجبايات . وأيا كان الأمر ، فوجود حقوق مطلقة أو تقديرية مرجحة اذن ظروف خاصة بكل جماعة ، وليس في جوهر هذه الحقوق ما يحتم في المنطق اطلاق استعمالها . لحض تحكم وتقدير أصحابها<sup>(٢)</sup> .

وامام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصري — في تقريره نظرية التمسف — انما يتكلم عن « استعمال الحق » بصفة عامة دون تمييز . أو تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية ، نستطيع أن نستخلص أن التمسف في القانون المصري يرد على استعمال كافة الحقوق ، وإن هذا القانون قد تخلص تماما — في شأن استعمال الحقوق — من كل بقايا النزعة الفردية ، وأنه لا يقر بالتالي وجود حقوق تقديرية يتمتع أصحابها بسلطان مطلق في استعمالها دون تعقيب أو رقابة عليهم في ذلك من قبل القضاء<sup>(٣)</sup> . ولذلك يجب القول — خلافا لما يرى البعض — باخضاع حق الايصاء وحق الطلاق في القانون المصري لنظرية التمسف<sup>(٤)</sup> . ومما يؤكد الرأي المتقدم كذلك أن المشرع المصري حينما أتيحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق التقديرية المزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التمسف في

(١) Roussat, pp. 2, 12, 14.

(٢) راجع في تفصيل مناقشة ورفض الميراث الخاصة لاطلاق استعمال كل حق من الحقوق التقديرية المزعومة على حدة :

Notre thèse précédente, pp. 121 - 126.

وكتابنا سابق الذكر ، ص ١١٤٨ - ١١٥٨ .

(٣) انظر في هذا المعنى :

كتابنا سابق الذكر ، ص ١١٤٧ وما بعدها . — استماتل لاثم ، ص ١٦٧ .  
ولكن انظر عكس ذلك :

احمد سلامة ، نظرية الحق في القانون المدني ، ١٩٥٩ ، فقرة ٨٧ .

(٤) راجع في تفصيل ذلك :

كتابنا سابق الذكر ، ص ١١٤٨ - ١١٥٧ .

استعمالها ، فهو ينفي الصفة التقديرية المزعومة للحق المعنوي للمؤلف .  
يفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته في تعديل المصنف .  
وسحبه من التداول لضمان عدم التصسف فيه بالتحقق من وجود أسباب  
خطيرة تبرر هذا الاستعمال ( م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف ) (١) .

## البحث الرابع

### اثبات التصسف وجزاؤه

#### ٤٠١ - تعميل معنى التصسف بعينه البتة

واضح أن على من يدعى وقوع تصسف من صاحب حق في استعمال حقه .  
اثبات ما يدعيه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات . وعلى هذا النحو ، فالأصل  
أن صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه (٢) ، خاصة  
أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراضي ابتداءً إلى أن يقوم الدليل .  
على العكس (٣) .

ورغم ذلك ، فتم اتجاه يحاول قلب هذا الأصل في حالة انتهاء عقد العمل  
غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة إنهاءً تصفياً أو بلا مبرر مشروع ، بتحميل  
صاحب العمل إذا كان الانهاء من جانبه - وهذا هو الغالب - إثبات مشروعية  
الإنهاء ومبرراته ، ويرى في ذلك خصوصية ملحوظة في التصسف في إنهاء

---

(١) انظر سابقاً ، ص ٤٩٥ - ٤٩٦ - وكتابنا سابق الذكر ، ص ١١٥٨ .

(٢) إلا أن يصرح المشرع بتحميله بهذا العبء استثناءً ، كمنه في المادة ٧/٧٥ من قانون  
العمل على تحميل صاحب العمل عبء اثبات أن فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه : انظر  
( انظر كتابنا سابق الذكر ، علمى ٤٢ ، ص ١١٦٠ ) .

(٣) في هذا المعنى :

Jourdain, op. cit., No. 238.

هذا العقد<sup>(١)</sup> . وقد يكون في هذا الاتجاه نجدة للعامل وإقالة له من عبء اثبات عبس . ولكن هذا الاعتبار لا ينهض مبررا كافيا لتجاهل حكم القواعد العامة في وجوب تحميل مدعى التصف ، وهو العامل في هذا الفرض ، بعبء اثبات تصف صاحب العمل في الإنهاء أو انعدام مبرر هذا الإنهاء . وهذا ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بخاصة<sup>(٢)</sup> ، وينحاز إليه القضاء المصري في مجموعه ويؤيده جمهور الفقه في مصر<sup>(٣)</sup> .

#### ٤٠٢ - الجزء التعويضي والجزاء الوقائي على التصف

واضح أن الجزء على التصف في استعمال الحق يتمثل أساسا في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه . وقد ذهب رأى قديم<sup>(٤)</sup> الى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني ، يدعى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التصف يفترض عملا داخل حدود الحق وضمونه . ولكن هذا الرأي لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء ، فاستقر الرأي على حجره ، وعلى الصول بأن جزاء التصف التعويضي قد يكون نقديا وقد يكون عينيا حسب الأحوال<sup>(٥)</sup> .

(١) انظر بخاصة :

محمد حلمي مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٧٦ - محمود جلال الدين زكي ، طه العمل في القانون المصري ، ١٩٥٦ ، فترات ١٤٤ و ١٤٥ و ١٦٢ و ٢١٢ .

(٢) انظر في الإشارة الى هذا القضاء :

Massad, t. I, p. 544, notes "B" et "C".

(٣) راجع في الإشارة الى ذلك :

كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، ملحق «أ» ، ص ٦٥٢ - ٦٥٣ ، وملحق «ب» ، ص ٦٥٣ .

Recherches, Etudes sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 (٤) en note.

(٥) انظر بخاصة :

Damogre, op. cit., t. IV, No. 382. — Jousseand, op. cit., Nos. 324-327. — Notre thèse précédente, pp. 205, 207. — El-Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1964 (Imp. 1967), No. 124.

... وإذا كان هذا الجزء التعويضي بصوريته يرد على التعسف ، فليس هو  
بجزائه الوحيد . بل ثم جزء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر  
خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزء الوقائي الذي سبقت  
الإشارة إليه والذي يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ، ويحول بالتالي  
دون وقوع الضرر أصلاً (١) .

« ثم بعد ذلك »

---

= أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٢٤ و ١٢٥ . - عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ،  
خامس من ٨٥٩ .

(١) في هذا المعنى :

Report, La règle morale, No. 84. — Dublin, op. cit., p. 388. — Notre  
thèse précédente, pp. 285 et s.

عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق . - أسماعيل خانم ، ص ١٦٥ .

ولكن أنور بكس ذلك :

El-Khaty, thèse précédente, Nos. 5 et s., No. 288.

# الفهرس

الصفحة ..... الفقرة

٧	المراجع
١١	مقدمة
١١	١. - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته
١٣	٢ - تفرع الحقوق عن القانون
١٤	٣ - خطة الكتاب

## بإب تمهيدى

### لى القانون بوجه عام

١٧	٤. - عرض وتقسيم
١٨	الفصل الأول - خصائص القانون
١٨	٥. - الحاجة الى القانون
١٩	٦. - تعريف القانون واستخلاص خصائصه
٢٠	المبحث الأول - القانون مجموعة قواعد سلوك
٢٠	٧. - القواعد التقريرية والقواعد التوجيهية
٢١	٨. - القانون يفرض السلوك الواجب كإمر أو تكليف
٢٢	المبحث الثاني - القانون مجموعة قواعد عامة مجردة
٢٢	٩. - التكليف القانونى تكليف عام مجرد





الصفحة	الفقرة
٥٣	٢٣ - جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب
٥٦	الفصل الثالث - القسم القانون وفروعه
٥٦	٢٤ - تمهيد
٥٧	المبحث الأول - التفرقة بين القانون العلم والقانون الخاص
٥٧	٢٥ - تاريخ التفرقة
٥٨	٢٦ - معيار التفرقة
٦٢	٢٧ - أهمية التفرقة
٦٣	٢٨ - مدى التفرقة
٦٤	المبحث الثاني - فروع القانون العام
٦٤	٢٩ - تقسيم
٦٤	المطلب الأول - القانون العام الخارجي
٦٤	٣٠ - مدى اعتبار القانون العام الخارجي قانوناً بالمعنى الكامل
٦٦	المطلب الثاني - القانون العام الداخلي
٦٦	٣١ - تعريف وتقسيم
٦٧	٣٢ - القانون الدستوري
٦٨	٣٣ - القوانين الإدارية
٦٩	٣٤ - القانون المالي
٧٠	٣٥ - القانون الجنائي
٧٢	المبحث الثالث - فروع القانون الخاص
٧٢	٣٦ - تعريف وتمهيد
٧٢	٣٧ - القانون المدني

الصفحة	الفرقة
٧٣	٢٨ - القانون التجارى
٧٤	٣٩ - القانون البحرى
٧٥	٤٠ - قانون العمل
٧٧	المبحث الرابع - فروع القانون المختلفة
٧٧	٤١ - تقسيم
٧٧	٤٢ - القانون الدولى الخاص
٨١	٤٣ - قانون المرافعات المدنية والتجارية

### القسم الاول

#### النظرية العامة للقاعدة القانونية

٨٥	٤٤ - تقسيم
----	------------

### الفرع الاول

#### تكوين القاعدة القانونية

٨٩	مقدمة
٨٩	٤٥ - تمهيد
٩٠	٤٦ - المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية
	(١) مذهب هيجل ، (٢) مذهب أوستن
٩٢	٤٧ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها
	٤٨ - التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية
٩٤	أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها
٩٦	٤٩ - خطة البحث

## الباب الأول جوهر القاعدة القانونية

- ٥٠ - تمهيد ..... ٦٧
- الفصل الأول - المدرسة المثالية ..... ٦٩
- مذهب القانون الطبيعي ..... ٦٩
- ٥١ - تمهيد ..... ٦٩
- ٥٢ - القانون الطبيعي عند اليونان ..... ٦٠٠
- ٥٣ - القانون الطبيعي عند الرومان ..... ٦٠١
- ٥٤ - القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى ..... ٦٠٢
- ٥٥ - الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ،  
وانكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك ..... ٦٠٣
- ٥٦ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس ..... ٦٠٥
- ٥٧ - رواج مذهب القانون الطبيعي وتطرفه في القرنين السابع  
عشر والثامن عشر ..... ٦٠٦
- ٥٨ - القانون الطبيعي والمقد الاجتماعي ..... ٦٠٨
- ٥٩ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية ..... ٦١٢
- ٦٠ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعه في القرن  
التاسع عشر ..... ٦١٤
- ٦١ - حركة احياء القانون الطبيعي ..... ٦١٦
- (١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير ( ص ١١٦ ) ..  
(٢) القانون الطبيعي موجه مثال للمثل ( ص ١١٨ ) ..
- ٦٢ - القانون الطبيعي والقانون الوضعي ..... ٦١٩

الصفحة	الفقرة
١٢٢	الفصل الثاني - المدرسة الواقعية
١٢٢	٦٣ - تمهيد
١٢٤	البحث الأول - المذهب التاريخي
١٢٣	٦٤ - تمهيد
١٢٤	٦٥ - تعاليم المذهب التاريخي
١٢٦	٦٦ - نقد المذهب التاريخي
١٣٠	البحث الثاني - مذهب التضامن الاجتماعي
١٣٠	٦٧ - تمهيد
١٣١	٦٨ - أسس مذهب التضامن الاجتماعي
١٣٥	٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي
١٤٠	الفصل الثالث - الجمع بين المدرستين المثالية والواقعية
١٤٠	٧٠ - ضرورة الجمع بين المدرستين
	البحث الأول - العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند
١٤١	« جيني »
١٤١	٧١ - تمهيد
١٤٢	٧٢ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية
١٤٣	٧٣ - الحقائق التاريخية
١٤٥	٧٤ - الحقائق العقلية
١٤٧	٧٥ - الحقائق المثالية
١٤٩	٧٦ - النقلة للحقائق العقلية على بقية الحقائق
	البحث الثاني - عنصر الواقع وعنصر المثال في تكوين جوهر
١٥٠	القاعدة القانونية

الفقرة	الصفحة
٧٧ - ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا .....	١٥٠
<b>المطلب الأول - العنصر الواقعي التجريبي أو حقائق الحياة</b>	
في الجماعة .....	١٥٢
٧٨ - تمهيد .....	١٥٢
٧٩ - العوامل الطبيعية .....	١٥٣
٨٠ - العوامل الاقتصادية .....	١٥٤
٨١ - العوامل السياسية والاجتماعية .....	١٥٥
٨٢ - العوامل الدينية والأخلاقية .....	١٥٧
٨٣ - العوامل التاريخية .....	١٥٧
<b>المطلب الثاني - العنصر المثالي أو التل الأعل للعمل</b>	
٨٤ - تمهيد .....	١٥٨
٨٥ - المعدل التبادلي .....	١٥٩
٨٦ - المعدل التوزيعي .....	١٦١
٨٧ - المعدل الاجتماعي .....	١٦٣
٨٨ - اختزال صور المعدل الثلاث المختلفة الى اثنتين : المعدل الخاص والمعدل العام .....	١٦٤
<b>١ - المذهب الفردي</b>	
٨٩ - أسس المذهب الفردي .....	١٦٦
٩٠ - تقدير المذهب الفردي .....	١٦٨
<b>٢ - المذهب الاجتماعي</b>	
٩١ - أسس المذهب الاجتماعي .....	١٧٠
٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعي .....	١٧٣



(١) القوانين القانونية في مجال الاتبات ( ص ١٩٤ )

(٢) القوانين القانونية في مجال القواعد الموضوعية

( ص ١٩٨ )

٢٠١	.....	١٠٥	الافتراض أو الحيل القانونية
٢٠٤	.....		الفصل الثاني - اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل
٢٠٤	.....	١٠٦	تمهيد وتقسيم
٢٠٥	.....		المبحث الأول - المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام
٢٠٥	.....	١٠٧	تمهيد
٢٠٥	.....		المطلب الأول - العرف والتشريع
٢٠٥	.....	١٠٨	تمهيد وإحالة
٢٠٦	.....		المطلب الثاني - الدين
٢٠٦	.....	١٠٩	صلة الدين بالقانون
٢٠٨	.....	١١٠	الدين المسيحي
٢١٠	.....	١١١	الدين الاسلامي
٢١١	.....		المطلب الثالث - الفقه
٢١٢	.....	١١٢	الفقه مصدر رسمي في القانون القديم
٢١٢	.....	١١٣	الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث
٢١٤	.....		المطلب الرابع - التشريع
٢١٤	.....	١١٤	النضاء عند الرومان
٢١٥	.....	١١٥	النضاء في القانون الانجليزي
٢١٥	.....	١١٦	النضاء في أغلب القوانين الحديثة
٢١٦	.....	١١٧	الجلد جوله لاعتبار النضاء مصدرا رسميا

الصفحة	الفقرة
٢١٧	١١٨ - القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية
٢٢٠	١١٩ - القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري
٢٢٣	المبحث الثاني - المصادر الرسمية للقانون المصري
٢٢٣	١٢٠ - تجميع وتقسيم
٢٢٦	المطلب الأول - المصادر الرسمية الأصلية
٢٢٦	١٢١ - ازدواج المصدر الرسمي للأصل للقانون المصري
٢٢٧	الوجه الأول - التشريع ، المصدر الأصل العام
٢٢٧	١٢٢ - تجميع وتقسيم
٢٢٨	١ - خصائص التشريع
٢٢٨	١٢٣ - تجميع
٢٢٨	١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية
٢٣٠	١٢٥ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة
٢٣٠	١٢٦ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة
٢٣١	٢ - سن التشريع
٢٣١	١٢٧ - تجميع
٢٣٢	١٢٨ - التشريع الأساسي
٢٣٣	١٢٩ - التشريع العادي
	سن السلطة التنفيذية التشريع العادي في أحوال استثنائية :
	(١) تشريع الضرورة ( ص ٢٣٦ ) ، (٢) تشريع التفويض
	( ص ٢٣٨ )
٢٣٩	١٣٠ - التشريع الفرعي
	(١) اللوائح التنفيذية ( ص ٢٤٠ ) ، (٢) اللوائح التنظيمية



المقبرة	الصفحة
( ص ٢٤١ ) ، (٣) لوائح الضبط أو لوائح البوليس	
( ص ٢٤١ )	
٣ - نفاذ التشريع	٢٤٢
١٣١ - تمهيد	٢٤٢
١٣٢ - اصدار التشريع	٢٤٣
١٣٣ - نشر التشريع	٢٤٤
٤ - نتائج تدوج التشريع أو رقابة صحته	٢٤٧
١٣٤ - خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك	٢٤٧
(١) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل	
١٣٥ - لا خلاف على تقرير هذه الرقابة	٢٤٨
(٢) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع	
١٣٦ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى	٢٤٨
١٣٧ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها	٢٤٨
١٣٨ - مشكلة رقابة دستورية القوانين	٢٤٩
(١) الخلاف حول مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين	
( ص ٢٤٩ ) ، (٢) رقابة دستورية القوانين في القساون	
الحديث ( ص ٢٥١ ) ، (٣) مدى رقابة دستورية القوانين في	
مصر : ١ - قبل انشاء المحكمة العليا ( ص ٢٥٣ ) ٢ - منذ	
انشاء المحكمة العليا ( ص ٢٥٥ ) - منذ انشاء المحكمة الدستورية العليا ( ص ٢٥٦ )	
٥ - التقنين	٢٦٠
١٣٩ - التقنين وضرورته	٢٦٠
١٤٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها	٢٦١
١٤١ - حركة التقنين في العصر الحديث	٢٦٢

الصفحة	الفقرة
٢٦٣	١٤٢ - حركة التقنين في مصر
	الوجه الثاني - الدين ، المصدر الأصل الخاص
٢٦٥	١٤٣ - تهيئة وتقسيم
٢٦٦	١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنينات الأولى
٢٦٦	١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنينات الأولى
٢٦٩	١٤٦ - أثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين
٢٧١	المطلب الثاني - المصادر الرسمية الاحتياطية
٢٧١	١٤٧ - الحاجة الى المصادر الرسمية الاحتياطية
٢٧٢	الوجه الأول - العرف
٢٧٢	١٤٨ - تهيئة
٢٧٣	١ - أركان العرف
٢٧٤	١٤٩ - الركن المادي - أطراد العمل بسنة معينة
٢٧٦	١٥٠ - الركن المعنوي - العقيدة في الزام السنة المتبعة
٢٧٦	١٥١ - التمييز بين العرف وبين الصادة الاتفاقية
٢٧٩	١٥٢ - آثار التفرقة بين العرف وبين المادة الاتفاقية
	(١) من حيث افتراض أو عدم افتراض العلم بالمضمون
	( ص ٢٧٩ ) ، (٢) من حيث سلطة القاضي في التطبيق
	( ص ٢٨٠ ) ، (٣) من حيث الاتفاقيات ( ص ٢٨٠ ) ، (٤) من
	حيث رقابة محكمة النقض ( ص ٢٨١ )
٢٨٣	٢ - أساس قوة العرف الملزمة
٢٨٣	١٥٣ - اختلاف النظر الى أساس الزام العرف
٢٨٤	١٥٤ - تأسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية
٢٨٥	١٥٥ - تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعي »

الصفحة	الفرقة
٢٨٦	١٥٦ - تأسيس الزام العرف على أحكام القضاء
	(١) عرض نظرية الأساس القضائي لالزام العرف (ص ٢٨٦) ،
	(٢) مناقشة ورفض النظرية ( ص ٢٨٧ ) ، (٣) دور القضاء
	في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة ( ص ٢٨٨ )
٢٨٩	١٥٧ - قوة الزام العرف الذاتية
٢٩٠	٣ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون
٢٩٠	١٥٨ - مقام العرف في القانون الحديث
٢٩١	١٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصري
٢٩١	١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع
	(١) عدم قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع
	الأمرة ( ص ٢٩٢ ) ، (٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص
	الكلمة دون الغائها ( ص ٢٩٤ )
٢٩٥	٤ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة
٢٩٥	١٦١ - القانون التجاري
٢٩٦	١٦٢ - القانون المدني
٢٩٦	١٦٣ - القانون الدستوري
٢٩٧	١٦٤ - قانون العقوبات
٢٩٨	<b>الوجه الثاني - مبادئ الشريعة الإسلامية</b>
	١٦٥ - إدراج مبادئ الشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية
	لل قانون المصري باعتبارها المصدر الاحتياطي الثاني الذي يلي
٢٩٨	<b>الحرف</b>
٣٠١	مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع

## المخرج الثاني

### تطبيق القاعدة القانونية

٣٠٥	.....	مقدمة
٣٠٥	.....	١٦٦ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون
٣٠٧	.....	١٦٧ - جهة القضاء المادي
٣٠٨	.....	١٦٨ - جهة القضاء الإداري
٣٠٩	.....	١٦٩ - المحكمة الدستورية العليا
٣١٢	.....	١٧٠ - منهج البحث

## الباب الأول

### على سريان القاعدة القانونية

٣١٥	.....	١٧١ - تمهيد وتقسيم
-----	-------	--------------------

### الفصل الأول - على سريان القاعدة القانونية في حق المخاطبين

٣١٦	.....	بموجبها
٣١٦	.....	١٧٢ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون
٣١٦	.....	١٧٣ - أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون
٣١٧	.....	١٧٤ - مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون
		اطلاق هذا المبدأ : (١) بالنسبة الى القواعد القانونية على
		اختلاف مصادرها ( ص ٣١٧ ) ، (٢) بالنسبة الى القواعد
		الأمرة والقواعد للكلمة على السواء ( ص ٣١٨ )
٣١٩	.....	١٧٥ - الاستثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون »
		(١) ابطال المقد لفظ في القانون ليس استثناء ( ص ٣٢٠ ) ،

الصفحة:

الفقرة:

(٢) امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير  
جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء ( ص ٢٢٢ )

- ٢٢٤ ..... الفصل الثاني - مدى سريان القاعدة القانونية في المكان  
٢٢٤ ..... مشكلة السريان المكاني  
٢٢٥ ..... مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية  
٢٢٦ ..... مدى السريان المكاني للقانون المصري

أولا - مبدأ اقليمية القانون المصري ( ص ٢٢٦ )

ثانيا - أحوال الخروج الاستثنائي على مبدأ الإقليمية  
القانون المصري ( ص ٢٢٧ )

- ٢٢٠ ..... الفصل الثالث - مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان  
١٧٩ - تقسيم .....  
٢٢١ ..... المبحث الأول - إلغاء القاعدة القانونية .....  
١٨٠ - تمهيد .....  
١٨١ - الإلغاء الصريح .....  
١٨٢ - الإلغاء الضمني .....  
٢٢٢

(١) التمازج بين القديم والجديد ( ص ٢٢٢ ) ، (٢) تنظيم  
نفس الموضوع من جديد ( ص ٢٢٦ )

- ١٨٣ - سلطة إلغاء القاعدة القانونية .....  
٢٢٨ ..... المبحث الثاني - تنوع قواعد القانونية في الزمان .....  
١٨٤ - مشكلة التنازع الزماني .....  
١٨٥ - مبدأ عدم رجعية القوانين .....  
٢٢٩

الفرقة	الصفحة
١٨٦ - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع	
بينها في الزمان	٣٤١
١٨٧ - منهج البحث	٣٤١
المطلب الأول - أصول حل مشكلة التنازع الزماني	٣٤٢
١٨٨ - تصدد النظريات الفقهية	٣٤٢
الوجه الأول - النظرية التقليدية في التفرقة بين الحق	
للكسب ومجرد الأمل	٣٤٣
١٨٩ - المبدأ هو عدم الرجعية ، أي عدم المساس بحق مكتسب	٣٤٣
١٩٠ - استثناءات مبدأ عدم الرجعية	٣٤٥
(١) النص الصريح على الرجعية ( ص ٣٤٥ ) ، (٢) القوانين	
الجنائية الأصلح لئلا تتهم ( ص ٣٤٦ ) ، (٣) القوانين المتعلقة	
بالنظام العام والآداب ( ص ٣٤٦ ) ، (٤) القوانين التفسيرية	
( ص ٣٤٨ )	
١٩١ - تقدير النظرية التقليدية	٣٤٨
الوجه الثاني - نظرية « ديجي » في التفرقة بين	
المراكز القانونية الموضوعية والشخصية	٣٥١
١٩٣ - تمهيد	٣٥١
١٩٣ - القوانين المتعلقة بالأعمال	٣٥١
١٩٤ - القوانين المتعلقة بالمراكز الصناعية	٣٥٢
(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية	
( ص ٣٥٢ ) ، (٢) الرجعية كمنع في المساس بمركز	
قانوني شخص لا موضوعي ( ص ٣٥٢ )	
١٩٥ - تقدير نظرية « ديجي »	٣٥٥

الصفحة	الفقرة
	<b>الوجه الثالث - النظرية الحديثة في التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر</b>
٣٥٧	.....
٣٥٧	١٩٦ - تمهيد .....
٣٥٨	١ - انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد .....
٣٥٨	١٩٧ - القاعدة من عدم الرجعية .....
	(١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية ( ص ٣٥٨ ) ،
	(٢) ترتيب الآثار القانونية ( ص ٣٦٠ )
٣٦١	١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية .....
٣٦٢	٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد .....
	١٩٩ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره المباشر .....
٣٦٢	.....
	(١) تمامها بدأ فى الماضى من تكون أو انقضاء المراكز القانونية ( ص ٣٦٣ ) ، (٢) الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية ( ص ٣٦٤ )
	٢٠٠ - الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز العقدية الجارية للأثر المستمر للقانون القديم .....
٣٦٥	.....
٣٧٠	٢٠١ - تقدير النظرية الحديثة .....
٣٧٣	٢٠٢ - النظريات الفقهية وأحكام القضاء فى مشكلة التنازع الزمانى .....
٣٧٤	٢٠٣ - الوجهات والأصول العامة فى حل مشكلة التنازع الزمانى .....
	<b>تطلب التالى - الحلول الصالحة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزمانى</b>
٣٧٩	.....
٣٧٩	٢٠٤ - تمهيد .....
٣٧٩	٢٠٥ - التنازع الزمانى بين قوانين الأعلى .....

الصفحة	الفقرة
٢٨٢	٢٠٦ - التنازع الزماني بين قوانين التقادم
٢٨٦	٢٠٧ - التنازع الزماني بين قوانين الاثبات
٢٨٨	٢٠٨ - التنازع الزماني بين قوانين المرافعات
٢٩٢	٢٠٩ - التنازع الزماني بين قوانين العقوبات

## الباب الثاني

### تفسير القاعدة القانونية

٢٩٧	٢١٠ - تمهيد وتقسيم
٢٩٩	الفصل الأول - أنواع التفسير
٢٩٩	٢١١ - التفسير التشريعي
٤٠٠	٢١٢ - التفسير الفقهي والقضائي
٤٠٢	الفصل الثاني - مدارس التفسير وطرائقه
٤٠٢	المطلب الأول - مدرسة التزام النص
٤٠٢	٢١٣ - فقه مدرسة التزام النص وطرائقه
	(١) الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية ( ص ٤٠٣ ) ،
	(٢) الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة ( ص ٤٠٤ ) ،
	(٣) الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع في بعض المسائل
	الجناحية ( ص ٤٠٧ )
٤٠٨	٢١٤ - قد مدرسة التزام النص
٤٠٩	المطلب الثاني - المدرسة التاريخية او الاجتماعية
٤٠٩	٢١٥ - تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية
٤١٠	٢١٦ - تقدير المدرسة الاجتماعية او التاريخية



الصفحة	الفقرة
٤١٠	المطلب الثالث - المدرسة العلمية
٤١٠	٢١٧ - البحث العلمي المرحلي
٤١١	٢١٨ - تقدير المدرسة العلمية
٤١٢	المطلب الرابع - التفسير في القانون الوضعي المصري
٤١٩	٢١٩ - نص المشرع المصري على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي
٤١٢	وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

## القسم الثاني

### النظرية العامة للحق

٤١٩	٢٢٠ - تقسيم
-----	-------------

## باب تمهيدى

### فى الحق بوجه عام

٤٢١	٢٢١ - الحق والقانون
٤٢٢	٢٢٢ - تقسيم
٤٢٣	الفصل الأول - وجود فكرة الحق
٤٢٣	٢٢٣ - تمهيد
٤٢٣	٢٢٤ - انكار وجود الحق
٤٢٦	٢٢٥ - الإبقاء على فكرة الحق
٤٣١	الفصل الثانى - تعريف الحق
٤٣١	٢٢٦ - تمهيد
٤٣١	٢٢٧ - الاتجاه الشخصى
٤٣٣	٢٢٨ - الاتجاه الموضوعى

الصفحة	الفقرة
٤٣٥	٢٢٩ - الاتجاه المختلط
٤٣٦	٢٣٠ - تحليل الحق وتعريفه
	(١) الرابطة القانونية ( ص ٤٣٧ ) ، (٢) الاستثناء بما
	تخوله الرابطة القانونية من اقتضاء أو تسلط ( ص ٤٣٩ )
٤٤٤	الفصل الثالث - أنواع الحق
٤٤٤	٢٣١ - تعدد أنواع الحق وتسمياته المختلفة
٤٤٨	المبحث الأول - حقوق الشخصية
٤٤٨	٢٣٢ - التصور السائد لحقوق الشخصية
	(١) الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية
	( ص ٤٤٩ ) ، (٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية
	للشخصية ( ص ٤٥٠ ) ، (٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط
	الشخصية ( ص ٤٥٢ )
٤٥٣	٢٣٣ - نقد التصور السائد ، والحد من نطاق الحقوق الشخصية
٤٥٦	٢٣٤ - خصائص حقوق الشخصية
	المبحث الثاني - الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية أو حقوق
٤٥٩	الإنسانية
٤٥٩	٢٣٥ - تمهيد
٤٥٩	المطلب الأول - الحق المعنوي
٤٥٩	٢٣٦ - تعريف الحق المعنوي ، وأنواعه
٤٦٠	٢٣٧ - الحقوق المعنوية الأصلية
٤٦٤	٢٣٨ - الحقوق المعنوية التبعية
٤٦٧	المطلب الثاني - الحق الشخصي أو حق الإنسانية

الصفحة	الفقرة
٤٦٧	٢٣٦ - تعريف الحق الشخصي أو حق الدائنية
٤٧٠	المطلب الثالث - التفرقة بين الحق العيني وبين الحق الشخصي
٤٧٠	٢٤٠ - التفرقة التقليدية بين الحقلين
٤٧٠	٢٤١ - محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي
٤٧٢	٢٤٢ - الإبقاء على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي
٤٧٥	٢٤٣ - آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي
	(١) الحق العيني حق مطلق والحق الشخصي حق نسبي ( ص ٤٧٦ ) ، (٢) و (٣) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة التبجح ( ص ٤٧٦ ) وميزة الأفضلية ( ص ٤٧٨ ) ، (٤) قصور إرادة الأفراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التي يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك في الحقوق الشخصية ( ص ٤٧٩ ) ، (٥) ينبغي أن يكون الشيء في الحق العيني - دون الحق الشخصي - حالا ومعيّنا بالذات ( ص ٤٨٠ )
٤٨١	المبحث الثالث - الحقوق الذهنية
٤٨١	٢٤٤ - ظهور طائفة الحقوق الذهنية وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم أحكامها
٤٨٣	٢٤٥ - معيار الحقوق الذهنية
٤٨٥	٢٤٦ - أصحاب الحقوق الذهنية
	(١) المصنف المشترك ( ص ٤٨٥ ) ، (٢) المصنف الجماعي ( ص ٤٨٧ )
٤٨٨	٢٤٧ - طبيعة الحقوق الذهنية
٤٨٩	٢٤٨ - الحق المصنوي

الصفحة	المقبرة
(١) سلطة النشر ( ص ٤٩٠ ) ، (٢) سلطة تعيين نسب المصنف ( ص ٤٩٠ ) ، (٣) سلطة التعديل ( ص ٤٩١ ) ، (٤) سلطة السحب ( ص ٤٩١ )	
٤٩٢	٢٤٩ - الحق المال
٤٩٣	٢٥٠ - آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المال
٤٩٩	الفصل الرابع - النمة المالية
٤٩٩	٢٥١ - تعريف النمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها
٥٠٠	٢٥٢ - نظرية الشخصية
٥٠٢	٢٥٣ - نظرية التخصيص
٥٠٤	٢٥٤ - تقدير النظريتين
٥٠٨	٢٥٥ - جوهر فكرة النمة المالية
٥٠٩	٢٥٦ - أهمية النمة المالية
	(١) الضمان العام للدائنين ( ص ٥٠٩ ) ، (٢) انتقال النمة المالية بالوفاء ( ص ٥١١ )

## الباب الأول

### صاحب الحق

٥١٣	٢٥٧ - صاحب الحق هو الشخص
٥١٣	٢٥٨ - مبدول الشخصية
٥١٧	٢٥٩ - الشخصية وأهلية الزوج
٥١٩	٢٦٠ - منهج البحث
٥٢٠	الفصل الأول - الشخص الطبيعي

الصفحة	الفقرة
٥٢٠	٢٦١ - تمهيد وتقسيم
٥٢٣	المبحث الأول - مدة الشخصية
٥٢٣	٢٦٢ - تمهيد
٥٢٣	المطلب الأول - بداية الشخصية
٥٢٣	٢٦٣ - ابتداء شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا
٥٢٥	٢٦٤ - مركز الجنين أو الممسول
٥٢٧	المطلب الثاني - نهاية الشخصية
٥٢٧	(١) نهاية الشخصية بالموت الحقيقي
٥٢٧	٢٦٥ - انتهاء الشخصية بالموت وعدم اعتدادها بعده الى حين الفراغ من تصفية التركة
٥٣٠	(٢) نهاية الشخصية بالموت الحكمي أو التقديرى
٥٣١	٢٦٦ - الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانتهاء شخصيته نهائيا
٥٣١	تقسيديريا
٥٣٣	٢٦٧ - أثر الحكم أو القرار باعتباره المفقود ميتا.
٥٣٥	٢٦٨ - ظهور حياة المفقود
٥٣٧	المبحث الثاني - مميزات الشخصية
٥٣٧	٢٦٩ - تمهيد وتقسيم
٥٣٧	المطلب الأول - الحالة
٥٣٧	٢٧٠ - تحديد الحالة
٥٣٩	(١) الحالة السياسية أو الجنسية
٥٣٩	٢٧١ - أهمية الحالة السياسية
٥٤٠	٢٧٢ - الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة

الصفحة	الفقرة
٥٤١	(٢) الحالة العائلية أو القرابة
٥٤١	٢٧٣ - قرابة النسب
٥٤٢	٢٧٤ - قرابة المصاهرة
٥٤٣	٢٧٥ - أهمية القرابة
٥٤٤	(٣) الحالة الدينية
٥٤٤	٢٧٦ - اعتداد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائى ..
٥٤٦	المطلب الثانى - الاسم
٥٤٦	٢٧٧ - تحديد الاسم ، وأهميته وطرق اكتسابه
٥٤٧	٢٧٨ - التكييف القانونى للاسم
٥٥٠	٢٧٩ - حماية الاسم
٥٥٢	٢٨٠ - خصائص الاسم
	(١) باعتباره حقاً من حقوق الشخصية : عدم القابلية للتصرف ( ص ٥٥٢ ) - عدم القابلية للتقادم ( ص ٥٥٤ ) ،
	(٢) باعتباره واجباً : ضرورة الاسم لكل شخص (ص ٥٥٤)
	- ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الإرادة واستقلالها ( ص ٥٥٥ )
٥٥٦	٢٨١ - اسم الشهرة والاسم المستعار
٥٥٧	٢٨٢ - الاسم التجارى
٥٥٩	المطلب الثالث - الوطن
٥٥٩	٢٨٣ - أهمية الوطن وتقسيمه
٥٦٠	الوجه الاول - لوطن العام
٥٦٠	٢٨٤ - تراوح تحديد لوطن العام بين الاختيار والالزام
٥٦٢	٢٨٥ - الوطن الارادى أو الاختيارى

الصفحة

الفقرة

- (١) التصوير الواقعي والتصوير الحكيم ( ص ٥٦١ ) ،  
 (٢) تقدير التصويرين ( ص ٥٦٢ ) ، (٣) موقف القوانين  
 المختلفة من التصويرين ( ص ٥٦٣ ) ، (٤) أخذ القسانون  
 المصري بالتصوير الواقعي ( ص ٥٦٤ )
- ٢٨٦ - الموطن القانوني أو الإلزامي ..... ٥٦٦
- ٥٦٨ - الوجه الثاني - الموطن الخاص
- ٢٨٧ - الموطن التجاري أو الحرفي ..... ٥٦٨
- ٢٨٨ - موطن ناقص الأهلية في شأن ما يعتبر اهلا لمباشرة من  
 تصرفات ..... ٥٦٩
- ٢٨٩ - الموطن المختار ..... ٥٧٠
- المبحث الثالث - النشاط الإداري للشخصية أو أهلية الأداء
- ٢٩٠ - تعريف أهلية الأداء ..... ٥٧٢
- ٢٩١ - نطاق أهلية الأداء ..... ٥٧٢
- (١) اقتصارها على التصرفات القانونية ( ص ٥٧٢ ) ،  
 (٢) التمييز بينها وبين الولاية ( ص ٥٧٣ )
- ٢٩٢ - مناهة أهلية الأداء ..... ٥٧٤
- المطلب الأول - أحكام أهلية الأداء
- ٢٩٣ - أنواع التصرفات القانونية التي ترد عليها الأهلية ..... ٥٧٧
- ٢٩٤ - منهج البحث ..... ٥٧٦
- الوجه الأول - تنوع الأهلية بتدرج السن
- ٢٩٥ - انعدام الأهلية ..... ٥٧٧
- ٢٩٦ - نقص الأهلية ..... ٥٧٨

الصفحة	الفقرة
	(١) حكم القواعد العامة ( ص ٥٧٨ ) ، (٢) الخروج على حكم القواعد العامة ( ص ٥٧٩ )
٥٨٣	٢٩٧ - كمال الأهلية
٥٨٤	الوجه الثاني - عوارض الأهلية
٥٨٤	٢٩٨ - أثر عوارض الأهلية في اعدامها أو الانتقاص منها
٥٨٤	٢٩٩ - الجنون والعتة
٥٨٧	٣٠٠ - السفه والغفلة
	(١) نقص أهلية السفه وذو الغفلة في الأصل بالمجر عليه ( ص ٥٨٧ ) ، (٢) الخروج على أصل نقص أهلية السفه أو ذو الغفلة المحجور عليه ( ص ٥٨٩ )
٥٩١	الوجه الثالث - موانع الأهلية
٥٩١	٣٠١ - طبيعة موانع الأهلية وتعدادها
٥٩١	٣٠٢ - المانع المادي بالغيبية
٥٩٢	٣٠٣ - المانع القانوني بالحكم بعقوبة جنائية
٥٩٢	٣٠٤ - المانع الطبيعي بالماعتين أو العجز الجسماني الشديد
٥٩٦	المطلب الثاني - أحكام الولاية على المال
٥٩٦	٣٠٥ - أهلية الأداء والولاية عموماً
	٣٠٦ - حصر البحث في الولاية على المال - التنظيم التشريعي لها ، ومنهاج البحث فيها
٥٩٨	الوجه الأول - الولاية على مال القصر
٥٩٨	٣٠٧ - أصحاب الولاية على مال القصر ، ومراتبهم
٥٩٩	٣٠٨ - ولاية « الولي » أي الأب والجد الصحيح



الصفحة	الفقرة
	(١) ثبوت الولاية ( ص ٥٩٩ ) ، (٢) سلطات الولي وواجباته ( ص ٦٠٠ ) ، (٣) رقابة الولي ( ص ٦٠٢ ) ، (٤) وقف الولاية وسلبها وانقضاءها ( ص ٦٠٢ )
٦٠٤	٣٠٩ - ولاية الوصي
	(١) تعيين الوصي ( ص ٦٠٤ ) ، (٢) واجبات الوصي ( ص ٦٠٦ ) ، (٣) سلطات الوصي ( ص ٦٠٦ ) ، (٤) رقابة الوصي ( ص ٦٠٨ ) ، (٥) انتهاء الوصاية ( ص ٦٠٨ )
٦١٠	الوجه الثاني - الولاية على مال المعجوزين
٦١٠	٣١٠ - ولاية القيم
٦١١	الوجه الثالث - الولاية على مال قوى موانع الأهلية
٦١١	٣١١ - الوكيل عن الغائب
٦١٢	٣١٢ - القيم على المحكوم عليه بعقوبة جنسية
٦١٣	٣١٣ - المساعد القضائي لدى العائتين أو المعجز
٦١٤	الوجه الرابع - مجاوزة حدود الولاية على المال
٦١٤	٣١٤ - عدم نفاذ تصرفات من له الولاية - فيما يجاوز حدودها -
٦١٤	في حق المولى عليه
٦١٧	الفصل الثاني - الشخص المعنوي أو الاعتباري
٦١٧	٣١٥ - أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها
٦١٩	٣١٦ - منهج البحث
٦٢١	البحث الأول - النظرية العامة للشخصية الاعتبارية
٦٢١	٣١٧ - تمهيد وتقسيم
٦٢٢	الطلب الأول - طبيعة الشخصية الاعتبارية

الصفحة	الفقرة
٦٢٢	٣١٨ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته العملية .....
٦٢٢	٣١٩ - نظرية الشخصية الافتراضية .....
	(١) عرض النظرية ( ص ٦٢٢ ) ، (٢) تقدير النظرية ( ص ٦٢٤ )
٦٢٥	٣٢٠ - نظرية الشخصية الحقيقية .....
	(١) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية ( ص ٦٢٥ ) ، (٢) نظرية المصلحة الجماعية ( ص ٦٢٦ ) ، (٣) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم ( ص ٦٢٧ )
٦٣٠	٣٢١ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية .....
٦٣٤	المطلب الثاني - ابتداء الشخصية الاعتبارية .....
٦٣٤	٣٢٢ - اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون .....
٦٣٦	٣٢٣ - الاعتراف العام والاعتراف الخاص .....
٦٣٨	٣٢٤ - مركز الشخص الاعتباري في مرحلة تكوينه .....
٦٤٠	المطلب الثالث - مدى الشخصية الاعتبارية .....
٦٤٠	٣٢٥ - أهلية وجوب الشخص الاعتباري المحدودة .....
٦٤١	٣٢٦ - قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري .....
	(١) الحقوق والتزامات الملازمة لطبيعة الانسان (ص ٦٤٢)، (٢) مبدأ التخصص ( ص ٦٤٤ )
٦٤٧	المطلب الرابع - مميزات الشخصية الاعتبارية .....
٦٤٧	٣٢٧ - تجسيد .....
٦٤٧	٣٢٨ - حالة الشخص الاعتباري .....

الصفحة	الفقرة
٦٤٨	٣٢٩ - جنسية الشخص الاعتباري
٦٥٢	٣٣٠ - اسم الشخص الاعتباري
٦٥٣	٣٣١ - موطن الشخص الاعتباري
٦٥٤	٣٣٢ - ذمة الشخص الاعتباري المستقلة
٦٥٥	<b>المطلب الخامس - نشاط الشخصية الاعتبارية</b>
	٣٣٣ - استحالة نشاط الشخص الاعتباري بنفسه ، وضرورة نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين
٦٥٥	٣٣٤ - مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتباري الذي يباشرون عنه نشاطه
٦٥٦	٣٣٥ - أهلية الاداء والشخص الاعتباري
٦٦٠	٣٣٦ - مسئولية الشخص الاعتباري
٦٦١	(١) المسئولية المدنية ( ص ٦٦١ ) ، (٢) المسئولية الجنائية ( ص ٦٦٢ )
٦٦٣	٣٣٧ - مبدأ التخصص وأثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري
٦٦٤	<b>المطلب السادس - انقضاء الشخصية الاعتبارية</b>
٦٦٤	٣٣٨ - أسباب الانقضاء
٦٦٥	٣٣٩ - ذيل الانقضاء
٦٦٩	<b>المبحث الثاني - أنواع الشخص الاعتباري</b>
٦٦٩	٣٤٠ - تقسم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة
٦٧١	<b>المطلب الأول - الأشخاص الاعتبارية العامة</b>
٦٧١	٣٤١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة
	(١) الأشخاص الاعتبارية الاقليمية ( ص ٦٧١ ) ،

الصفحة	الفقرة
(٢) منشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة ( ص ٦٧١ )	
٦٧٦	الطلب الثاني - الأشخاص الاعتبارية الخاصة
٦٧٦	٣٤٢ - تقسيم
٦٧٦	أوجه ادول - جماعات الأشخاص
٦٧٦	٣٤٢ - تقسيم وتقسيم
٦٧٧	(١) الشركات
٦٧٧	٣٤٤ - مقومات الشركة وأنواعها
٦٧٨	٣٤٥ - تكوين الشركة وبه شخصيتها
٦٧٩	٣٤٦ - انقضاء الشركة
٦٨٠	(٢) الجمعيات
٦٨٠	٣٤٧ - تقسيم
٦٨٠	٣٤٨ - مقومات الجمعية
٦٨١	٣٤٩ - نشوء الجمعية وبه شخصيتها
٦٨٢	٣٥٠ - قيود أهلية وجوب الجمعية
٦٨٤	٣٥١ - نشاء الجمعية
	(١) قيود نشاء الجمعية ( ص ٦٨٤ ) ، (٢) رقابة نشاط الجمعية ( ص ٦٨٥ )
٦٨٧	٣٥٢ - انقضاء الجمعية
٦٨٧	٣٥٣ - تصفية الجمعية
٦٨٩	٣٥٤ - الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة
	(١) امتيازاتها ( ص ٦٨٩ ) ، (٢) سلطة الادارة في الاشراف عليها ( ص ٦٩٠ )

الصفحة	الفقرة
٦٩١	الوجه الثاني - مجموعات الأموال
٦٩٢	(١) الأوقاف
٦٩٢	٣٥٦ - شخصية الوقف الاعتبارية
٦٩٢	٣٥٧ - مصير نظام الوقت
٦٩٣	(٢) المؤسسات الخاصة
٦٩٥	٣٥٨ - تمهيد
٦٩٥	٣٥٩ - مقومات المؤسسة الخاصة
٦٩٦	٣٦٠ - انشاء المؤسسة الخاصة وبهذه شخصيتها
٦٩٩	٣٦١ - مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها
	(١) قيود أهلية وجوب المؤسسة ( ص ٦٩٩ ) (٢) نشاط المؤسسة ورقابته ( ص ٦٩٩ )
٧٠١	٣٦٢ - انقضاء المؤسسة

## الباب الثاني

### عمل الحق

٧٠٢	٣٦٣ - تمهيد وتقسيم
٧٠٤	الفصل الأول - الأشياء
٧٠٤	٣٦٤ - مدلول الشيء ، وتمييزه عن المال
٧٠٥	٣٦٥ - الأشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها
٧٠٦	البحث الأول - العقارات والمنقولات
٧٠٦	٣٦٦ - أساس التقسيم وأهميته

الصفحة	الفقرة
٧٠٩	<b>المطلب الاول - المقارنات</b>
٧٠٩	٣٦٧ - الاصل والاستثناء
٧٠٩	٣٦٨ - المقارنات بالطبيعة
٧١٠	٣٦٩ - المقارنات بالتخصيص
	(١) أساس فكرة المقارن بالتخصيص ( ص ٧١٠ ) ،
	(٢) ثبوت صفة المقارن بالتخصيص ( ص ٧١١ ) . (٣) حكم المقارن بالتخصيص ( ٧١٣ )
٧١٤	<b>المطلب الثاني - المنقولات</b>
٧١٤	٣٧٠ - الاصل والاستثناءات
٧١٤	٣٧١ - المنقولات بالطبيعة
٧١٥	٣٧٢ - المنقولات بالمآل
	(١) ثبوت صفة المنقول بالمآل ( ص ٧١٦ ) . (٢) آثار ثبوت هذه الصفة ( ص ٧١٧ )
٧١٨	٣٧٣ - المنقولات المعنوية
٧١٨	<b>المبحث الثاني - الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك</b>
٧١٨	٣٧٤ - أساس التقسيم وأهميته
٧٢٠	<b>المبحث الثالث - الأشياء المتلية والقيمة</b>
٧٢٠	٣٧٥ - أساس التقسيم وأهميته
٧٢٢	<b>الفصل الثاني - الأعمال</b>
٧٢٢	٣٧٦ - العمل وشروطه بوصفه محلاً للحق
	(١) شرط الامسكان ( ص ٧٢٢ ) ، (٢) شرط التعيين ( ص ٧٢٣ ) ، (٣) شرط المبروعية ( ص ٧٢٣ )

### الباب الثالث

#### مصادر الحق

- ٣٧٧ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وتاصيل التفرقة  
٧٢٥ ..... بينهما
- ٣٧٨ - أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ..... ٧٢٨
- الفصل الأول - الواقعة القانونية ..... ٧٣١
- ٣٧٩ - الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وآثارها ..... ٧٣١
- الفصل الثاني - التصرف القانوني ..... ٧٣٦
- ٣٨٠ - التصرف القانوني ، أهميته وآثاره ..... ٧٣٦
- ٣٨١ - أنواع التصرف القانوني وأقسامه ..... ٧٣٩
- ٣٨٢ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين ..... ٧٤٠
- ٣٨٣ - التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الشخصي ..... ٧٤٢
- ٣٨٤ - التصرف المنشئ والتصرف الكاشف ..... ٧٤٢
- ٣٨٥ - مبدأ سلطان الإرادة وقيدوه ..... ٧٤٦
- (١) كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني ( ص ٧٤٧ ) ،
- (٢) قدرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية وإستقلالها  
بذلك ( ص ٧٤٨ )

### الباب الرابع

#### استعمال الحق

- ٣٨٦ - استعمال الحق في تطوره من الاطلاق إلى التقييد ..... ٧٥١
- فصل وحيد - نظرية التصرف في استعمال الحق ..... ٧٥٤

الصفحة	الفقرة
٧٥٤	٣٨٧ - الاصول التاريخية للنظرية ، ويستفادها في القانون الحديث
٧٥٧	٣٨٨ - منح البحث
٧٥٨	٣ - البحث الأول - تاصيل التعسف وموضع نظريته
٧٥٩	٣٨٩ - الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسئولية التقصيرية
٧٥٨	- مناقشة هذا الاتجاه ورفضه
	(١) مذهب التسوية بين « التعسف في استعمال الحق » وبين
	« مجاوزة الحق » ، ( ص ٧٥٨ ) ، (٢) مذهب التسوية بين
	التعسف وبين الخطأ التقصيري ( ص ٧٦١ ) ، (٣) مذهب
	اعتبار التعسف نوعاً متميزاً عن الخطأ ( ص ٧٦٣ )
٣٩٠	- ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج
٧٦٤	دائرة مسئولية التقصيرية
٧٦٩	البحث الثاني - معايير التعسف وضوابطه
٣٩١	- أصول ووسائل تحديد معيار التعسف
٣٩٢	- أخذ المشرع المصري بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه
٣٩٣	- تمسح قصد الاضرار بالغير
٣٩٤	- انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي
٣٩٥	يحقق بالتفسير
٣٩٦	- عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق
٣٩٧	- الضرر الفاسخ
٣٩٨	- تقدير مسلك المشرع المصري
٧٨٢	البحث الثالث - محل التعسف
٧٨٢	- تمهيد



الصفحة	الفقرة
٣٣٩	- التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات
٧٨٢	أو الرخص العامة
٤٠٠	- التعسف يرد على كافة الحقوق - رفض فكرة الحق المطلق
٧٨٦	أو التقديرية
٧٩٠	المبحث الرابع - إتيان التعسف وحرقه
٧٩٠	- تحمل معنى التعسف بعينه إثباته
٧٩١	- الجزء التعويضي والجزاء الوقائي على التعسف
٧٩٢	الفهرس

## تصويب أهم الأخطاء

المنحة	السطر	الخطأ	التصويب
٥٢	١٠	المشروعة	مشروعة
١١٣	٢	القانون	القانون الوضعي
٢٣٩	٣ (عاش)	المحددة	المحددة
٢٥٨	٦	المحكمة العليا	المحكمة الدستورية العليا
٢٥٩	٨	دستورية	دستورية
٢٦٨	١٦	وغير	وغير
٢٧٣	٣	يقى	يقى
٢٧٥	٦ (عاش)	للكا	ملكاً
٢٧٧	٥	ولادتهم	ولادتهم
٣١٨	١٣	إذا	إذا
٣٦٠	٨	نسرى	لانسرى
٣٨٩	٣	أقر	أقر
٣٩٨	٦	وطرقته	وطرقته
٤٠٠	١٦	انشائه	انشائه الى
٤٠٨	١٠	له	لها
٤٩٦	٣ (عاش)	المصنفات التصوير للزلية	مصنفات التصوير المولية
٥٨٩	٩	نقص أهلية أو	نقص أهلية السفيه أو
٦٧٤	٧ (عاش)	القابضة	القابضة

## استدراك

يضاف الى السطر (١٩) من صفحة (٤٠٠) ما يلى :

« ثم صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا ، وأعطاهما - ضمن اختصاصات متعددة - الاختصاص بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين ، وذلك على النحو السالف بيانه ( سابقا ص ٣٠٩ - ٣١٠ ) . »

رقم الايداع ٢٦٢٨ / ٩٣

الترقيم الدولى 1 - 0122 - 03 - 977 I.S.B.N.





Biblioteca Alexandrina



0339644